ENSAYO SOBRE LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA DEL SIGLO XX

Luigi Ferrajoli

Universidad Nacional Autónoma de México

luigi
Ferrajoli

Profesor en la Universidad de Roma-III. Entre 1967 y 1975 ejerció como juez.

Es autor de obras clásicas de la filosofía y la teoría del derecho, tales como *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *Democracia y garantismo y Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*.

Es el principal representante de la corriente garantista en el mundo, que tiene sus raíces en el pensamiento de la Ilustración. Igualmente, es conocido en muchos países por haber abanderado los postulados del neoconstitucionalismo.

ENSAYO SOBRE LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA DEL SIGLO XX

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie Estudios Jurídicos, Núm. 162

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez
Cuidado de la edición: Fabiola Fernanda Torres Lozano
Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

LUIGI FERRAJOLI

ENSAYO SOBRE LA CULTURA JURÍDICA ITALIANA DEL SIGLO XX

Antonio de Cabo
Traducción

Miguel Carbonell
Prólogo

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México, 2010

Primera edición: 2 de julio de 2010

DR © 2010, Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, 04510, México D.F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-1591-9

CONTENIDO

Prólogo..... IX
Miguel Carbonell

Capítulo primero. Cultura jurídica e instituciones..... 1

Capítulo segundo. La construcción del paradigma "científico" del derecho y del Estado en la Italia liberal..... 11

Capítulo tercero. La cultura jurídica durante el fascismo..... 31

Capítulo cuarto. La Constitución de 1948 y la cultura jurídica de los comienzos de la posguerra..... 43

Capítulo quinto. La crisis del paradigma de la autonomía del derecho en los años sesenta y setenta..... 55

Capítulo sexto. La crisis política y constitucional de los años ochenta y noventa..... 67

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PRÓLOGO

Una de las facetas menos conocidas de la producción teórica de Luigi Ferrajoli es la que tiene que ver con la historia de las ideas jurídicas. Aunque ya desde su magna obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989 en italiano, 1995 en español), nos había deslumbrado con su absoluto dominio y conocimiento del pensamiento ilustrado —sobre todo el que se refiere a las cuestiones penales—, lo cierto es que se suele ubicar a nuestro autor como especialista en temas de derecho penal y de derechos fundamentales, no como teórico de la historia de las ideas jurídicas.[1]

De ahí el interés de dar a conocer el ensayo que sigue a estas líneas, el cual resulta sumamente atractivo por varias razones. En primer lugar porque aporta una narración del desarrollo de la ciencia jurídica en un país que ha hecho enormes aportaciones a la historia del pensamiento en general y del pensamiento jurídico en particular, como lo es Italia. En segundo lugar, y esto es quizá todavía más importante, porque Ferrajoli pone en evidencia la enorme responsabilidad de los juristas, sobre todo de los juristas teóricos, en la conformación de nuestro objeto de estudio. Se tra-

[1] Una revisión de conjunto sobre la obra de Ferrajoli puede verse en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009; la respuesta del autor en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009. Algunos aspectos de la trascendencia de Ferrajoli y de su obra han sido expuesto en Carbonell, Miguel, "Prólogo. Luigi Ferrajoli: teórico del derecho y de la democracia" en Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 13-22. Una reconstrucción breve, pero del todo brillante, del recorrido teórico y cívico de nuestro autor se encuentra en Andrés Ibáñez, Perfecto, "Luigi Ferrajoli: los derechos rigurosamente en serio", *Nexos*, núm. 366, México, junio de 2008. Véase también las observaciones al respecto de Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., "Introducción" en Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

ta de una idea que aparece en varios de los ensayos que ha escrito Ferrajoli en las últimas décadas: los juristas no se limitan a describir su objeto de estudio, sino que contribuyen también a crearlo, a definirlo, a expandirlo o a restringirlo dependiendo de sus inclinaciones ideológicas e incluso de sus afinidades políticas.

Si esto es así, caerían de una vez y para siempre los mitos construidos alrededor de la tarea puramente "científica" de los juristas, que presentan el trabajo de los teóricos como políticamente neutral, en tanto que expresión de la concomitante neutralidad política de su objeto de estudio.

Bien lejos de esta pacífica e irreal imagen, Ferrajoli nos demuestra al repasar la historia de las ideas jurídicas en la Italia del siglo XX, el papel también *político* e *ideológico* que han desempeñado (y que siguen desempeñando) los juristas. Este papel político, sin embargo, no ha sido puesto en evidencia (o al menos no con la precisión y la claridad que hubieran sido necesarias), debido a que el pensamiento jurídico hegemónico siempre cuidó su estatuto científico y proclamó la autonomía política de sus estudios.

En realidad, más que de una operación técnica, se trataba de un encubrimiento en toda regla. Encubrimiento permitido en alguna medida por el carácter "oculto" o "invisible" de la ciencia jurídica, que aunque se desarrolla a través de miles de publicaciones de todo tipo (libros, revistas, artículos, ensayos, tratados, etcétera), va dirigido a un universo de lectores encerrado en sí mismo: los abogados y los estudiantes de derecho, fundamentalmente.

Un universo de usuarios de los productos jurídicos, que además, so pretexto de la "pureza" metodológica, no entra en contacto sino raramente con los conocimientos de otras ramas del saber, ni toma en cuenta los puntos de vista de la literatura, de la poesía, del cine o de otras manifestaciones artísticas. El universo jurídico es, como regla general, un universo cerrado y sus usuarios son celosos guardianes de las compuertas que llevan hasta el saber jurídico.

Un tercer aspecto de interés que nos ofrece el texto de Ferrajoli consiste en la narración del surgimiento del texto constitucio-

nal italiano de 1947. Se trata de un momento estelar en la historia italiana del siglo XX. El proceso constituyente italiano estuvo a punto de desbarrancar en varios de sus episodios; durante su desarrollo se produjo una intensa lucha de los juristas por imponer su propia visión de lo que debía contener el texto constitucional y una importante discusión sobre el alcance que podía tener. La resistencia frente al cambio fue una actitud permanente de la vieja cultura jurídica, que no estaba preparada para operar bajo el nuevo paradigma constitucional (y que, probablemente, tampoco lo entendía del todo).

Creo que esta parte del ensayo de Ferrajoli contiene importantes mensajes para los lectores que el trabajo pueda tener en América Latina. En efecto, en el subcontinente se han dado intensos procesos de cambio y renovación constitucionales, que no siempre han tenido éxito.

En ocasiones han sido los propios juristas los que se han resistido al cambio constitucional y han ejercido toda su influencia para restarle contenido normativo pleno a los textos de las cartas supremas.

En otros casos la renovación constitucional ha servido como instrumento de resistencia de la cultura jurídica frente a los abusos (por exceso o por defecto) de una clase política absolutamente incapaz.

Quizá sea este el caso —por poner un ejemplo— de Colombia, cuya Constitución de 1991, de signo marcadamente garantista y con un compromiso claro en favor de los derechos fundamentales, ha sido utilizada en la práctica —sobre todo a través de las sentencias de la Corte Constitucional— para obligar a las autoridades a hacerse cargo de los mandatos jurídicos. El ejemplo colombiano suele ser citado como un modelo a seguir para todos aquellos que creemos en el paradigma del Estado constitucional de derecho y que consideramos que los preceptos constitucionales deben ser llevados hasta sus últimas consecuencias, lo que con toda probabilidad requiere de una jurisdicción constitucional

fuertemente activista, como lo ha sido la colombiana desde sus primeros pronunciamientos.[2]

Desde luego, al desarrollar a plenitud el contenido normativo de una Constitución se generan fuertes tensiones entre las ramas del poder político. La labor de los jueces se suele observar con sospecha e incluso con recelo desde las ramas ejecutiva y legislativa. La cultura garantista de una jurisdicción constitucional que demuestra compromiso y lealtad *solamente* hacia el texto de la Constitución no suele ser bien vista por los grupos hegemónicos del poder.

El modelo más conocido de jurisdicción constitucional activista en el mundo, que es la llamada "Corte Warren" en los Estados Unidos (en referencia al periodo en que Earl Warren desempeñó el cargo de presidente de la Corte, entre 1953 y 1969), también estuvo sujeto a fuertes críticas y no fueron pocos los intentos de remover del cargo a sus integrantes, tanto a través de métodos constitucionalmente previstos (como el *impeachment*), como por medio de instrumentos menos ortodoxos (como las amenazas de muerte y el saboteo a su tarea judicial).[3] Recordemos que en esos años se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso Brown *vs.* Board of Education de 1954),[4] de la supremacía judicial en la interpretación de la Cons-

[2] Véanse las consideraciones sobre el tema que nos ofrece Cepda Espinosa, Manuel José, *Polémicas constitucionales*, Bogotá, Legis editores, 2007.

[3] Sobre la Corte Warren y sus más destacadas sentencias, así como sobre sus integrantes, existen centenares de libros y quizá miles de artículos publicados. Ha sido una de las etapas de la Suprema Corte de los Estados Unidos que ha merecido una mayor atención de los especialistas. Para una primera aproximación puede ser de utilidad revisar el libro de Tushnet, Mark (ed.), *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, Londres, Virginia University Press, 1993. Una muy completa biografía del propio Earl Warren puede verse en Newton, Jim, *Justice for All. Earl Warren and the Nation he Made*, Nueva York, Riverhead books, 2006.

[4] Patterson, James, *Brown versus Board of Education. A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and Black America´s Struggle for Equality*, Nueva York, Viontage Books, 2004;

titución (Cooper *vs*. Aaron de 1958),[5] de cateos y revisiones policíacas (caso Mapp *vs*. Ohio de 1961),[6] de libertad religiosa (caso Engel *vs*. Vitale de 1962),[7] de asistencia letrada gratuita (caso Gideon *vs*. Wainwrigth de 1963),[8] de libertad de prensa (New York Times *vs*. Sullivan de 1964),[9] de derechos de los detenidos (Miranda *vs*. Arizona de 1966) o de derecho a la intimidad de las mujeres (Griswold *vs*. Connecticut de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).[10]

Pero también en Italia fue en su momento vista con enorme desconfianza la posibilidad de contar con un órgano de control de

Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

[5] Véase *infra* el apartado que se dedica al análisis de algunos casos de la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, dentro de este mismo libro.

[6] Long, Carolyn N., *Mapp v. Ohio. Guarding Against Unreasonable Searches and Seizures*, Lawrence, Kansas University Press, 2006.

[7] Dierenfield, Bruce J., *The Battle Over School Prayer. How Engel v. Vitale Changed America*, Lawrence, Kansas University Press, 2007.

[8] Lewis, Anthony, *Gideon´s trumpet*, Nueva York, Vintage books, 1989.

[9] Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la primera enmienda*, Miami, SIP, 2000.

[10] Johnson, John W., *Griswold v. Connecticut. Birth Control and the Constitutional Right of Privacy*, Lawrence, Kansas University Press, 2005; Tribe, Lawrence, *Abortion. The clash of absolutes*, Nueva York, Londres, Norton and Company, 1992. Con independencia de su valor e interés intrínseco, el caso *Griswold* es recordado sobre todo porque fue el precedente invocado por la Corte al resolver el caso más importante en materia de interrupción voluntaria del embarazo: Roe *vs*. Wade de 1973. En *Griswold* la Corte dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un "derecho a la intimidad" derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of rights*. Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of rights* tienen zonas de "penumbra", de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: "¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial".

constitucionalidad; no por nada la instauración de la *Corte Costituzionale* no se produce sino hasta 1956, cuando habían pasado casi nueve años de la aprobación del texto constitucional.[11] En España el estudio por parte del Tribunal Constitucional del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha generado un debate intenso sobre los límites que debería tener la facultad de control de constitucionalidad de normas jurídicas infraconstitucionales.

De lo anterior se desprende también, como lo apunta Ferrajoli en su texto, la importancia de contar con una cultura jurídica *constitucionalizada*, que tome en serio la carga normativa que tienen los textos constitucionales y que esté dispuesta a suministrar las herramientas teóricas y discursivas necesarias para hacerla realidad. Una cultura jurídica *constitucionalizada* no es monopolio cognoscitivo de los especialistas en derecho constitucional; al contrario, requiere el concurso y las aportaciones de los expertos en derecho civil, mercantil, penal, laboral, administrativo, etcétera.

De hecho, como lo hace notar Ferrajoli en su ensayo, el adecuado funcionamiento de la Constitución italiana se ha producido también, en parte, gracias a los esfuerzos (o a los "refuerzos", como se quiera ver) que ha recibido la cultura constitucional desde el ámbito del derecho civil. Los trabajos de Stefano Rodotá, Francesco Galgano y Pietro Barcellona, entre otros, han nutrido la agenda constitucional italiana y han permitido llevar la lógica de la Constitución hacia las distintas disciplinas que componen el derecho privado.

Esta regeneración de la cultura jurídica, como es obvio, tiene importantes repercusiones en el nivel de la enseñanza del derecho, que deja de ser meramente descriptiva para convertirse en un vehículo de crítica jurídica y política para el conjunto del

[11] Una reflexión sobre el funcionamiento moderno de la Corte puede verse en Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008; algunas sentencias destacadas de la Corte pueden verse en Groppi, Tania y Meoli, Chiara, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana*, México, SCJN, 2008.

ordenamiento. Y no hace falta para ello defender posturas ideológicas como la que propugnaba en Italia, en los primeros años setenta, el "uso alternativo del derecho", sino que basta y sobra con asumir por completo el principio de la rigidez constitucional, a partir de la cual se generan "fisiológicamente" contradicciones y lagunas entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico. Frente a las antinomias y a las lagunas derivadas del carácter rígido de las Constituciones de nuestro tiempo, la enseñanza del derecho se convierte en una herramienta *constructiva*, obligada a dar cuenta de la existencia de tales antinomias y lagunas en primer término, pero también responsable de proponer alternativas para evitar unas y colmar las otras. A partir de este modelo de enseñanza del derecho se despliegan luego una serie de importantes consecuencias para el ejercicio práctico de las distintas profesiones jurídicas, sobre todo de la profesión jurisdiccional en sus distintas vertientes.[12]

Por todas estas cuestiones y por muchas otras que se podrían agregar es que el ensayo de Luigi Ferrajoli sobre la cultura jurídica italiana en el siglo XX merece ser estudiado y discutido: por la calidad de su autor y por la profundidad y rigor de sus planteamientos, pero también por lo mucho que podemos seguir aprendiendo en Iberoamérica de esa cuna de nuestros ordenamientos jurídicos que es Italia.

Miguel Carbonell

[12] Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de Andrés Ibáñez, Perfecto, "El juez", en Diez Picazo, Luis María (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de "la alternativa neoconstitucional". Del mismo autor, *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 110-115.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo primero[1]

CULTURA JURÍDICA E INSTITUCIONES

Por "cultura jurídica" podemos entender la suma de diferentes conjuntos de saberes y enfoques: en primer lugar, el conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho propios de los operadores jurídicos profesionales, ya se trate de legisladores, de jueces o de administradores; en tercer lugar, el sentido común relativo al derecho y a cada institución jurídica difundido y operativo en una determinada sociedad. Entre el derecho positivo y la cultura jurídica existe, por otra parte, una relación de interacción recíproca. El derecho puede, efectivamente, concebirse como un complejo lingüístico, a un mismo tiempo objeto y producto de la cultura jurídica; es decir, como un conjunto de signos normativos y de significados asociados a ellos en la práctica jurídica de los juristas, operadores y usuarios, todos los cuales concurren, de diferentes formas y en diferentes niveles, a su producción además de a su interpretación.

Esta noción tan amplia de "cultura jurídica" debería bastar para desalentar por ilusorio cualquier intento de realizar su historia a lo largo de todo el siglo XX en el límite de espacio que impone una recopilación de ensayos sobre la cultura jurídica de nuestro siglo. Esta advertencia resulta particularmente relevante para un país como Italia que, en el curso de estos cien años, ha asistido a

[1] Este ensayo se corresponde con el texto, revisado y ampliado en cuanto a las notas, del capítulo "Ciencias Jurídicas" del volumen *La cultura italiana del Novecento*, editado por Corrado Stajano para Laterza, Roma-Bari, 1996, pp. 559-597; ahora en Ferrajoli, l., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

la sucesión de tres sistemas políticos y que, acaso, se dispone a asistir al nacimiento de un cuarto: el de la Italia liberal aún regida por el Estatuto Albertino, la del fascismo y sus transformaciones autoritarias y corporativas, la de la Primera República surgida de la Constitución de 1948, y la que se dibuja en el horizonte tras la crisis provocada, en los primeros años noventa, por el derrumbe del viejo sistema de partidos.

Es justamente la relación de recíproca interacción existente entre la cultura jurídica y el derecho positivo la que sugiere, sin embargo, una clave de lectura para su historia, cuya fecundidad ya ha sido señalada y puesta a prueba por la reciente historiografía del derecho italiano: el papel —igualmente decisivo que habitualmente ignorado— ejercido por la ciencia jurídica, a través de la elaboración de las "imágenes" y de los "paradigmas" de Estado y de derecho, sobre la formación de las clases dirigentes de nuestro país, y sobre la proyección, consolidación ideológica y funcionamiento práctico de nuestras instituciones.[2] Contribuye a tal fin, la relativa simplicidad de la periodización, marcada más que en otros sectores de la cultura por las rupturas institucionales ya señaladas. Si bien es cierto que su periodo más largo, el de la Italia republicana, exigiría una ulterior periodización: los años

[2] Véase, especialmente, el importante volumen editado por Schiavone, A., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, con artículos de Maurizio Fioravanti, Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Cesare Salvi, Aldo Schiavone y Luisa Mangoni. *Cfr.*, también, Mazzacane, A. (ed.), *I giuristi e la crisis dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Nápoles, Liguori, 1986, con artículos, entre otros, de Luisa Mangoni, Pascuale Beneduce, Floriana Colao, Giulio Cianferotti, Guido Melis y Giovanna Cavallari; Fioravanti, M., "Le dottrine dello Stato e della costituzione", en Romanelli, R. (ed.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, Donzelli, 1995, pp. 407-457. Tomo la noción de "imágenes" (del Estado, y también del derecho y de la ciencia jurídica) y la de "paradigma disciplinar" de la obra de Pietro Costa, en la que han puesto de relieve su importancia epistemológica y su fecundidad explicativa: Costa, P., "La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare" en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 89-145, y Costa, P., *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1986.

de la Resistencia y de la Constituyente; la posguerra y los años cincuenta; el descubrimiento de la Constitución y las reformas de los años sesenta y setenta, y la crisis constitucional de los años ochenta y noventa.

La hipótesis de trabajo que aquí se maneja es que el secreto del papel político ejercido por la cultura jurídica sobre la construcción del Estado italiano y sobre la formación del espíritu nacional reside, con aparente paradoja, en una doble operación de despolitización ejecutada por los juristas desde la segunda mitad del siglo pasado: tanto de su objeto de investigación, es decir, del derecho y del Estado, de los cuales teorizarán su neutralidad y apoliticidad, como —y antes incluso— de su propio trabajo, es decir, de la doctrina jurídica, que configurarán como "ciencia" avalorativa. Estas dos asunciones, que permanecerán como postulados epistemológicos de la cultura jurídica más allá de cambios políticos e institucionales, al menos hasta los años sesenta de nuestro siglo, se insertan en el giro antiilustrado del liberalismo del siglo XIX. Mientras que el pensamiento ilustrado se planteó el problema de la justificación del derecho y del Estado como "artificios" que había que construir, asumiendo frente a las instituciones del antiguo régimen, un papel crítico, de oposición y transformación, el liberalismo del siglo XIX se plantea el problema contrario: el de la defensa y conservación del Estado liberal, entonces ya construido y no necesitado de justificación, frente a las amenazas subversivas de las nuevas "clases peligrosas".

La primera de estas asunciones —la de la apoliticidad del derecho y la de la naturalidad del Estado, incluso en las transformaciones de los regímenes políticos— invierte el postulado principal de la ilustración —la artificialidad del derecho y las instituciones—, al que se opone la idea de su evolución histórica espontánea y natural, más allá de los avatares contingentes de la política. Esta operación fue importada de Alemania donde, desde el final de la primera mitad del siglo XIX, la Escuela Histórica del derecho de Friedrich Carl von Savigny se opuso a la codificación y a la identificación iuspositivista del derecho y la ley

que, en Francia e Italia, habían rebajado el papel del jurista al de mero exégeta de la voluntad del legislador. El derecho, según esta escuela que se denominará "pandectística" por estar basada en el "*usus modernus*" de las Pandectas de Justiniano, se identifica no ya con los códigos y con las leyes, sino con el sistema de instituciones y principios que, pudiendo remontarse en el tiempo hasta el derecho romano y que habiendo sido convalidados por la experiencia secular de la cual los códigos no son más que un producto, resultan permanentemente reelaborados por la ciencia jurídica.[3]

En esta transfiguración de su propio objeto, la cultura jurídica italiana se aprovechó, además de su gran tradición romanista, de una pluralidad de aportes culturales heterogéneos, provenientes de diferentes disciplinas —historiografía, sociología, antropología— caracterizadas por tradiciones filosóficas deferentes —iusnaturalismo, romanticismo, positivismo evolucionista e historicismo idealista—, aunque todas ellas metabolizadas como

[3] *Usus modernus Pandectarum* es el título de una importante obra de Samuel Stryk publicada en Alemania entre 1690 y 1710, que se convertiría luego en el nombre del método pandectístico, consistente, justamente, en la actualización del derecho romano para adecuarlo a las exigencias modernas (*Cfr*: Wieacker, F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, 1952, traducción al italiano de la 2a. ed. de 1967 de U. Santarelli, Milán, Giuffrè, 1980, vol. I, pp. 325 y 330). Sobre la pandectística, *Cfr*: Solari, G., *Storicismo e diritto privato* (1916), Turín, Giappichelli, 1940; Koschaker, P., *L'Europa e il diritto romano* (1947), traducción al italiano de la edición alemana de 1958 de A. Biscardi, Florencia, Sansoni, 1962, pp. 422-490; Orestano, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (1953), Turín, Giappichelli, 1963, pp. 28-272; Wilhelm, W., *Metodologia giuridica del secolo XIX* (1958), traducción al italiano de P. L. Lucchini, Milán, Giuffrè, 1974; Losano, M., *Sistema e struttura nel diritto. I, Dalle origini alla scuola historica*, Turín, Giappichelli,1968; Wieacker, F., *Storia del diritto privato*, *cit.*, vol. II, traducción al italiano de S. A. Fusco, Milán, Giuffrè, 1980; Fioravanti, M., *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán, Giuffrè, 1979; Mazzacane, A., "Pandettistica", *Enciclopedia del diritto*, XXXXI, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 592-608; Cappellini, P., *Systema iuris*, Milán, Giuffrè, 1984, 2 vols.; Tarello, G., "Sulla scuola storica del diritto", en Tarello, G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1988, pp. 103-122.

complementarias e igualmente adaptadas al proyecto de autonomización del derecho de la legislación y la política. Lo que pretendo afirmar es que el diferente origen de estos aportes resulta relativamente secundario frente al efecto de naturalización del derecho y del Estado al que todos concurren: el historicismo pandectístico y la idea del nexo entre derecho y conciencia popular; el positivismo antropológico con la concepción naturalista de la desviación; el positivismo sociológico con la de la sociedad como lugar de conflictos salvajes e irracionales; el formalismo y el tecnicismo jurídico con su acercamiento a las fuentes legislativas; el idealismo y la sublimación ética y metahistórica del Estado.[4]

Tanto la idea de la naturalidad del Estado como la de la autonomía del derecho extraen, por otra parte, su principal sustento de la segunda asunción antes indicada: la de la doctrina jurídica como "ciencia" y la de la actividad del juez y del resto de operadores como "técnica", postulada por la propia ciencia jurídica desde la segunda mitad del siglo pasado. Este paradigma de la cientificidad resulta, efectivamente, también un paradigma de la figura del jurista, del que, por otra parte, ya disponía la cultura jurídica dentro de su propia tradición: el viejo modelo sapiencial del jurisconsulto, transmitido por el derecho romano y, después, por el derecho común, que la propia pandectística alemana había revitalizado. No se trataba, sin embargo, de una mera reproducción de una inocua ideología profesional, sino de una operación metapolítica que pretendía acreditar como "científicas" las operaciones políticas realizadas por los juristas en la construcción de las imágenes ya mencionadas del derecho y del Estado. Y ello, con un efecto de legitimación recíproca: del derecho y del Estado, acreditados como racionales y neutrales en razón de su consideración como entidades naturales por parte de la ciencia jurídica; de la dogmática jurídica, acreditada como ciencia en razón de su representación y sistematización de un universo naturalizado.

[4] Véanse, sobre estos múltiples aportes a la construcción decimonónica de la imagen del Estado, las obras de Pietro Costa reseñadas en la nota 1.

También esta imagen de la ciencia jurídica posee evidentemente trazas antiilustradas, en las antípodas de aquella "ciencia de la legislación" —del derecho no como es, sino como debería ser— propugnada un siglo antes por Gaetano Filangieri.[5] Igualmente —y no menos que la imagen del Estado y del derecho— se alimenta de varios filones culturales: además de la tradición romanista del derecho civil, del positivismo determinista y paracientífico presente principalmente en las disciplinas penales, de la mezcla de idealismo y formalismo propio de las ciencias iuspublicísticas, y del mito de la avaloratividad y de la objetividad, tanto más obsesivo cuanto más ilusorio, que venía afirmándose en las nacientes ciencias sociales. Lo que cuenta, nuevamente, es la legitimación "científica" que obtiene la cultura jurídica mediante su autonomía de la política y que le permite desarrollar un papel de defensa del Estado en cualquiera de sus manifestaciones, y, acaso, avalar las transformaciones políticas e institucionales, sin alterar jamás sus propios paradigmas disciplinares.

Ésta es, en todo caso, la ambición abiertamente propugnada —aunque ello resulte contradictorio con la también proclamada apoliticidad— por parte del jurista más representativo de la Italia liberal, Vittorio Emanuele Orlando, que desde su lección inaugural palermitana de 1889 confiere a la naciente doctrina del derecho público una función de soporte en relación con el reciente Estado unitario y con nuestra identidad nacional:

> La sangre de los mártires y las decisiones de los estadistas nos dieron al Estado italiano, la escuela jurídica debe ahora dar la ciencia del derecho público italiano [...]: esta unidad del Estado, tan largamente deseada, no basta con que haya recibido un reconocimiento político, sino que resulta preciso que extraiga su

[5] "La legislación", es decir, el derecho que hay que hacer y no el ya hecho, "es hoy el objeto común de aquellos que piensan", Filangieri, G., "La scienza della legislazione" (introducción), 1783, en Filangieri, G., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruselas, Tipografia della Società Belgica, 1841, p. 57.

> vitalidad de la vida del derecho, de un derecho nuestro, de un derecho nacional.[6]

Se trataba, hay que añadir, de un papel ambivalente. La así llamada "autonomía de lo jurídico" —de la sociedad, de un lado, y de la política, de otro— siempre ha desempeñado una función no sólo de legitimación del Estado como entidad natural, sino también de defensa de la cultura y de la práctica jurídica frente a las invasiones de la política y, cuando se presentó el fascismo, frente a las vocaciones totalitarias del régimen.

Este papel político de la ciencia jurídica se vio favorecido, además, por una característica peculiar: el hecho de que se trata de una ciencia de escasa visibilidad,[7] inaccesible a los no expertos en derecho, por su carácter especializado y, por ello, inmune a la política no sólo por su estatuto epistemológico, que excluye como extrajurídico y (lo que es lo mismo) anticientífico cualquier intromisión sociológica o politológica, sino también por su separación, como disciplina técnica, de la cultura general. La literatura jurídica —pese a su abrumador volumen, formado por

[6] Orlando, V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ahora en Orlando, V. E., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milán, Giuffrè, 1954, p. 21: "Ardua es la empresa, mas ¡cuán noble y justa la recompensa! A nosotros, a quienes la magnífica historia del Risorgimento nos confirió la existencia de un Estado nacional y libre, si no nos correspondió en suerte poder cooperar a aquella empresa, si se nos ha asignado otra misión delicadísima y solemne que exige todo el fervor de nuestra actividad y la inspiración de motivaciones aún más ideales que las puramente científicas [...] Es menester que el aliento del derecho anime aquellas instituciones para cuya obtención tuvo que luchar y sufrir una tan larga serie de generaciones: se trata de un deber sagrado contraído por la ciencia y ¡ay! si se negara a satisfacerlo".

[7] De esta "menor visibilidad" de la producción de los juristas, en cuanto no se "dirige al público, sino que va destinada a otros juristas" habla Sbriccoli, M., "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita", en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, p. 152; Sbriccoli, M., "Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di recerca", en Grossi, P., (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 128 y ss.

millares de revistas, centenares de colecciones, docenas de repertorios y enciclopedias y por una cantidad incalculable de tratados, manuales y monografías— es, en realidad, una literatura destinada exclusivamente a la categoría de los juristas, de los jueces, abogados, administradores y burócratas. Pero ello no quita para que sea expresión de una cultura hegemónica y, en ocasiones, exclusiva en la clase política, jurídica o administrativa. Muy al contrario, justamente porque los juristas sólo leen libros de derecho y porque los libros de derecho sólo los leen los juristas, se produce al mismo tiempo una autosuficiencia cultural y una inmunización política dentro de la clase estatal. Es esta doble impermeabilidad —la impermeabilidad de la cultura humanística a la cultura jurídica y, sobre todo, al revés— la que caracteriza a la figura profesional del jurista y, en general, al hombre de leyes, dotado de una cultura jurídica pero, por lo general, privado de cualquier otro tipo de cultura, y la que explica la extraordinaria capacidad de resistencia de la ciencia del derecho frente a las transformaciones políticas y culturales.[8]

Hay un episodio que revela de forma iluminadora el peso político de la cultura jurídica pese a —y a causa de— su aislamiento cultural: el durísimo ataque dirigido por Benedetto Croce contra Pietro Bonfante que, en una lección inaugural en la Universidad de Roma en 1917, había reivindicado el papel de unificación nacional ejercido por el derecho romano y por su enseñanza.[9] Como

[8] "Con avances y retrocesos" podía escribir Salvatore Pugliatti en 1948, "la ciencia jurídica, entre los embates de las críticas y de las polémicas, es justamente la que menos ha padecido las revoluciones que se han producido en los otros campos del saber. De hecho, ha actuado casi en un terreno precintado, preservándose de cualquier influencia externa: ha mantenido un carácter dogmático, pero ha conquistado una considerable capacidad de resistencia" ("Crisis della scienza giuridica", 1948, ahora en Pugliatti, S., *Diritto civile. Metodo-Teori -Pratica. Saggi*, Milán, Giuffrè, 1951, p. 693).

[9] A. Schiavone recuerda esta polémica en "Un'identità perduta. La parabola del diritto romano in Italia", en Schiavone, A., (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 288-293; *Cfr.*, también, Bretone, M., "Il «naturalismo» del Bonfante e la critica idealistica", *Labeos*, 5, 1959, pp. 275 y ss.

ha señalado Aldo Schiavone, la acritud del ataque, y la de la réplica que le siguió y, después, la larga disputa con intercambio de insultos y amenazas desde las páginas de *La Critica* y de la *Rivista Italiana di Sociologia*, no resulta explicable simplemente desde la batalla que Croce sostenía contra el positivismo sociológico y cientifista, entonces dominante en la cultura jurídica italiana y, en particular, en la historiografía del derecho romano. Más allá de la diferencia de ideas, esta disputa señalaba un conflicto por la hegemonía cultural entre los estudios jurídicos y los filosóficos para la formación de las elites dirigentes. Croce se había dado cuenta de que la cultura jurídica representaba la única cultura en competencia con la histórica de sello humanista y filosófico que él representaba. Y tenía razón, la cultura jurídica no era sólo una cultura en competencia y alternativa a la filosófica, sino que constituía, indiscutiblemente, la cultura dominante en la clase política y burocrática. Y lo era tanto por su pretendido carácter "técnico-científico" como por su separación, como cultura profesional, del resto de la cultura. Resulta, acaso, probable que la falta de comprensión de esta hegemonía de la cultura jurídica en los aparatos estatales por parte de la historiografía y de la cultura politológica represente, por su parte, un indicio y un producto de la incomunicabilidad entre las dos culturas, que, justamente, la minusvaloración de Croce de los estudios jurídicos y del propio derecho contribuyó a acentuar.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo segundo

LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA "CIENTÍFICO" DEL DERECHO Y DEL ESTADO EN LA ITALIA LIBERAL

Fue durante la etapa liberal y prefascista cuando se formaron y consolidaron estas imágenes del Estado, del derecho y de la ciencia jurídica. Los cincuenta años que van desde la unidad italiana hasta la llegada del fascismo son los años en que se desarrolla, en paralelo a la construcción del Estado unitario de modelo liberal y parlamentario, la gran cultura jurídica académica: la historiografía romanista e italiana, la dogmática civilista, las diferentes escuelas penales y la nueva ciencia del derecho público. Junto a esta gran cultura y a sus grandes tratados doctrinales, se desarrolla también una cultura de la práctica forense y administrativa, que se provee, entre el final del siglo XIX y el comienzo del XX, de un enorme instrumental, formado por millares de revistas académicas y profesionales, en el nivel nacional y en el nivel local: revistas de doctrina y jurisprudencia, pero también revistas de la abogacía, del notariado, de las asociaciones de penalistas, de las instituciones bancarias y de los entes públicos más dispares.[10] Al mismo tiempo, se diseña la arquitectura de las facultades de derecho, que

[10] *Cfr.* Cassese, S., "Giolittismo e burocrazia nella «cultura delle riviste»", *Storia d'Italia. Annali, IV, Intelletuali e potere*, Turín, Einaudi, 1981, pp. 473 y ss; Grossa, P., (ed.), *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane. Atti del primo incontro di studio. Firenze, 15-16 aprile 1983*, Milán, Giuffrè, 1984; Melis, G., "La burocrazia e le riviste: per una storia dell'amministrazione", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero guiridico moderno*, núm. 16, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 47-104. Sobre la figura del jurista y del hombre de leyes tal como aparece en la etapa liberal, *cfr.* Beneduce, P., *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Nápoles, Newprint, 1990; Beneduce, P., *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'età liberale*, Bolonia, Il Mulino, 1996.

reflejan la idea de unidad del saber jurídico fundada en una suerte de jerarquía: la enseñanza del derecho romano como propedéutica a la del derecho civil, la del derecho civil como propedéutica al resto de las enseñanzas, y la del derecho público como doctrina general del Estado y culminación del conjunto.

La historia de la cultura jurídica de la Italia liberal puede caracterizarse como un proceso de progresiva autonomización de la ciencia del derecho y de homologación y unificación de sus diferentes ramas bajo la hegemonía teórica y metodológica de la doctrina civilista. El primer paso de este proceso, con el que arranca la despolitización del derecho y de la ciencia jurídica es la conversión de la iuscivilística italiana al método histórico y sistemático propio de la pandectística alemana.[11] De este método provienen, fundamentalmente, tres ideas, todas ellas relacionadas con la distinción antiiuspositivista entre derecho y ley. En primer lugar, la idea savigniana del "derecho romano actual", es decir, de la continuidad entre derecho romano, derecho común y el propio derecho civil codificado, reforzada por el hecho de que

[11] Hay que recordar las célebres traducciones de las *Pandectas* de Arndts por parte de Filippo Serafini en 1874; del *Sistema del diritto romano attuale* de Savigny, por parte de Vittorio Scialoja, publicado en ocho volúmenes entre 1886 y 1898; del *Commentario* de Glück, bajo la dirección de Filippo Serafini y Pietro Cogliolo en 1888; del *Diritto delle Pandette* de Windscheid, con extensísimas notas de los traductores Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, publicado entre 1902 y 1904. El programa de refundación de la ciencia civilista sobre el modelo pandectista fue enunciado por Vittorio Scialoja desde su lección inaugural de 1879 en la Universidad de Camerino, *Del diritto positivo e dell'equità*, Savini, Camerino, 1880. Antes de la recepción de la pandectística, el método predominante era el del paleoiuspositivismo de la escuela francesa de la exégesis, fundado en el código: *cfr.* Tarello, G. *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia* (1969), ahora en Tarello, G., *Cultura giuridica*, *cit.*, pp. 90 y ss.; Grossi, P., "Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 5-6, 1976-77, pp. 210-238; Grossi, P., *"Un altro modo di possedere". L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milán, Giuffrè, 1977; Grossi, P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1992; Rodotà, S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (1981), 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1990, II parte.

este último se hubiera modelado sobre el *corpus iuris* y porque, de todas las ramas del derecho, fuera la más autónoma respecto de la legislación. En segundo lugar, la idea de la centralidad del derecho civil, concebido como el derecho por antonomasia —la verdadera constitución material de la sociedad—, y de la doctrina civilista como la disciplina madre que ofrece las bases teóricas y las categorías conceptuales a todas las otras. En tercer lugar —y, consecuentemente—, la autorrepresentación de la pandectística como la última escuela de jurisconsultos, es decir, de constructores, sobre el modelo de los juristas premodernos del derecho romano y común, de conceptos y sistemas: recuérdense, entre las construcciones más conocidas de la pandectística, la del negocio jurídico y la del derecho subjetivo sobre la base del dogma liberal de la "soberanía de la voluntad".[12]

Se explica así, mediante este nexo epistemológico entre derecho y derecho romano, el enorme desarrollo de los estudios y de la enseñanza romanistas, promovido desde los años setenta del siglo pasado como base para la edificación de una cultura jurídica ligada al nuevo Estado nacional. La romanística, repensada en clave pandectística, ofrecía el modelo de jurista y los elementos básicos de su ideología de clase: la actualización del derecho del pasado, que en Italia se identificaba con su más antigua y gloriosa tradición, y, en este sentido, como un factor de la identidad nacional; el papel constructivo del jurista, no de mero exégeta y comentador, sino como modelador del sistema jurídico a partir de las categorías civilistas heredadas del derecho romano; el consiguiente primado de la ciencia jurídica y, dentro de ella de la civilística-romanística, como intérprete del "espíritu del pueblo", contra la idea ilustrada y jacobina de la omnipotencia del legislador; la función pedagógica de la enseñanza del derecho

[12] "Derecho es un poder o soberanía de la voluntad conferido por el ordenamiento jurídico" (Windscheid, B., *Lehrbuch der Pandekten*, 1862-1870, traducción al italiano de C. Fadda y P. E. Bensa, *Diritti delle Pandecte*, Turín, Utet, 1902, I, § 37, p. 170; "Negocio jurídico es una declaración privada de voluntad, destinada a producir un efecto jurídico" (*ibidem*, § 69, p. 264).

romano en la formación del jurista y, más en general, del hombre de leyes.[13]

El segundo paso de esta operación es la conciliación, realizada por Vittorio Scialoja y Carlo Fadda, de la metodología sistemático-pandectista con el dogma iuspositivista de la autoridad de la ley, impuesto en Italia por la codificación napoleónica reproducida en los códigos de 1865. El propio código civil —y ya no sólo el derecho civil heredado de la tradición— queda identificado, por Scialoja, como "el estatuto fundamental de la vida social y económica de un país",[14] que sanciona en forma de ley la organización privada, propietaria y mercantil de la sociedad: es decir, como el lugar de la mediación entre el derecho romano y común premoderno y el derecho estatal positivo. Se produce, así, una doble legitimación: de la tradición por parte de la ley y de la ley por parte de la tradición; de la "natural" organización privatista y capitalista de la sociedad por parte del derecho positivo estatal y viceversa.[15] A esta fusión entre vocación de actualización del derecho romano propia de la pandectística y fidelidad al derecho positivo contribuyó, por otro lado, el acercamiento histórico-filológico predominante en la historiografía romanista por obra de Contardo Ferrini y de Pietro Bonfante. En la construcción de los conceptos y de las instituciones civilistas, sostiene Bonfante, el estudio del derecho romano es necesariamente supletorio e integrador respecto al de la letra del código, en cuanto que el

[13] *Cfr.* Schiavone, A., "Un'identitá perduta", *cit.*, pp. 278-281, que recuerda, como manifiesto programático de esta recuperación de los estudios romanistas, la lección inaugural de Filippo Serafini en la Universidad de Roma, el 25 de noviembre de 1871.

[14] Scialoja, V., *La riforma dei codici di diritto privato in Italia* (1923), ahora en *Studi giuridici*, IV, Roma, Soc. edit. del Foro Italiano, 1933, p. 208. Sobre la recepción en la civilística italiana del paradigma pandectista y su adaptación al código por obra de Vittorio Scialoja, *cfr.* Schiavone, A. "Un'identità perduta", *cit.*, pp. 283 y ss.; Salvi, C., "La giusprivatistica fra codice e scienza", en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 235 ss.

[15] *Cfr.* Salvi, C., *La giusprivatistica fra codice e scienza*, *cit.*, pp. 236 y 237; Belfiore, A., *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milán, Giuffrè, 1979, pp. 187 y ss.

significado profundo y la finalidad de las instituciones se revelan y comprueban científicamente, y se confirman en su práctica jurídica y, consecuentemente, en su permanente realización histórica. La historia del derecho romano asume de esta forma un valor teórico-metodológico: se convierte en el terreno experimental del derecho en el que es posible someter a prueba el alcance normativo de las instituciones e indagar su naturaleza y esencia.[16]

De este modo, la doctrina civilista se confirma como la doctrina hegemónica en la cultura jurídica: por su método de investigación, por su tradición milenaria, por su adhesión tanto a la ley como a la historia y a las concretas relaciones sociales, por su rigor analítico y por su valor teórico-general reconocido a sus principios y a sus categorías. La alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo, entre primado de la ciencia jurídica y primado de la ley se diluía en el derecho civil, que perfectamente podía presentarse como el derecho natural de la sociedad civil —expresión de una racionalidad intrínseca a la economía de mercado— e, igualmente, como el derecho común de la Europa capitalista, sancionado formalmente en los diferentes códigos estatales pero sustancialmente transnacional.

La tercera y última operación política realizada por la cultura jurídica italiana en los veinte años a caballo del siglo fue la importación de estos paradigmas, no sólo en la forma en la que la cultura alemana los había elaborado, sino también allí donde la alternativa entre derecho natural y derecho positivo resultaba, en cambio, incomponible por la absoluta preeminencia —sin duda, no eludible como en el derecho privado acudiendo a la tradición del derecho romano y común—, del momento constituyente y del momento legislativo: en primer lugar, en el derecho público, donde la operación aunque difícil, se veía favorecida por la ausencia de una tradición como disciplina, y sólo más tarde en el derecho penal, que, al contrario, podía enorgullecerse de un largo y prestigioso pasado que se remontaba a Cesare Beccaria.

16 *Cfr*: Schiavone, A. ,"Un'identità perduta", *cit.*, pp. 287-289.

En la iuspublicística el trasplante del modelo civilista se produce, gracias a Vittorio Emanuele Orlando y Santi Romano, mediante la distinción también en el derecho público entre ley positiva y su configuración como "un sistema de principios jurídicos antes que de preceptos legislativos".[17] "Y el medio es sencillísimo, al menos en su enunciación: a saber, que el derecho público se considere, del mismo modo que el derecho privado, como un complejo de principios jurídicos sistemáticamente coordinados",[18] ya que "el derecho precede a la ley: y las ciencias jurídicas son sistemas de principios de derecho, y no comentarios de legislación positiva"[19] construidos por el jurista con "la mayor

[17] Orlando, V. E., *Principii di diritto amministrativo* (1888), 5a. ed., Florencia, Barbera,1915, p. X.

[18] Orlando, V. E., *I criteri tecnici*, *cit.*, p. 20. "Si el estado actual de nuestras disciplinas revela imperfecciones tan notables, sobre todo en el sentido del método, la otra de las dos grandes divisiones de la ciencia jurídica, que abarca todo el derecho privado, ha alcanzado, en cambio, un grado tal de perfección particularmente técnica, que no cabe imaginarlo mayor. La causa de esta afirmación, que nadie se atrevería a contradecir, es igualmente simplicísima y se deriva del hecho de la secular elaboración que el derecho privado ha experimentado en el Derecho Romano [...] Ya podéis observar, señores, en estas nuestras observaciones, expresado el primer y más general criterio para aquella renovación científica que invocamos para la esfera del derecho público. Allí donde resulta deficiente el sentido y la intuición del derecho, preciso es que nuestra ciencia se refuerce mediante su confrontación con otro orden científico animado milagrosamente de este sentido jurídico. Si nos lamentamos de que los cultivadores del derecho público son en exceso filosófos, en exceso políticos, en exceso historiadores, en exceso sociólogos y demasiado poco jurisconsultos, mientras que jurisconsultos debieran ser por encima de todo, ¿qué mejor modo, más seguro y más simple podría hallarse para conseguir esta transformación, que un estudio profundo de los métodos propios de aquella escuela que es un modelo de *iurisprudentia*?" (*ibidem*, p. 6).

[19] Orlando, V. E., *Principii di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 4. "En otros términos, pues, la ley supone ya el sistema científico del derecho y no el sistema jurídico presupone la ley". De aquí la oposición de Orlando "a aquella maldición de los estudios administrativos que es el abuso del método exegético. No siempre el conocimiento de la ley es el conocimiento del derecho: desde el punto de vista científico, la ley es al derecho lo que el mineral aurífero al precioso metal que contiene, pero que menester es extraer. La cultura jurídica es, esencialmente, cognición, íntima y profunda, de los *principios del derecho*

precisión y rigor conceptual posibles".[20] La idea fundamental del sistema es, por otra parte, la noción jurídica de Estado, identificada por Orlando, siguiendo la senda de la iuspublicística alemana y en particular de Gerber y Laband, con la figura del "Estado-persona": un paradigma que es fruto de la recepción de la categoría civilista de la personalidad jurídica y de la consiguiente transformación de la metáfora hobbesiana del Leviatán en un sujeto jurídico ordinario y metahistórico, fundante y no fundado, separado y superior a la política, titular de la soberanía en lugar tanto del rey como del pueblo. En Italia, como ha demostrado Maurizio Fioravanti, una construcción de este tipo contaba con la ventaja de la ambivalencia del Estatuto Albertino, caracterizado —según un modelo dualista y de compromiso entre la monarquía francesa de julio— por la convivencia de dos fundamentos—el monárquico y el popular— del poder político: si ninguno de estos dos

que se forman mediante un sistema histórico y lógico propio, que se completan y vivifican en un sistema grandioso en el que cada uno encuentra su lugar con estética simetría" (Prefacio a Orlando, V. E., (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milán, Società Editrice Libraia, 1900, vol. I, p. XV).

[20] *Principii di diritto amministrativo*, *cit.*, p. X. La adhesión a la Escuela Histórica de Savigny aparece expresamente profesada por Orlando en sus *Principii di diritto costituzionale* (1889), 5a. ed., Florencia, Barbera,1920, p. 35: "La escuela, a la que pertenecemos, es la así llamada *histórica*, la cual representa a nuestro juicio una aplicación particular del método inductivo a las ciencias jurídicas. Fundada por Savigny, pero con puntos de vista particulares, esta teoría no ha conocido ciertamente ni aquel desarrollo, que acaso le es necesario, ni aquellas aplicaciones de las que es capaz" y que Orlando trata de ofrecer como "criterio metódico para nuestra teoría del Estado". Sobre la recepción por Orlando de la pandectística y su papel del mismo, como fundador de la iuspublicística italiana, véase, Cianferotti, G., *Il pensiero di V.E. Orlando e la iuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, Giuffrè, 1980; Cianferotti, G., "La prolusione di Orlando. Il paradigma pandettistico, i nuovi guiristi universitari e lo Stato liberale", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1989, 4, pp. 995-1023; Fioravanti, M., "Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato", en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 13-21; Costa, P., *La giuspubblicistica*, *cit.*, pp. 106-130; Costa, P., *Lo Stato immaginario*, *cit.*; Mangoni, L., "Giuristi e politica. Il diritto come supplenza", en Schiavone, A. (ed.), *Stato e cultura giuridica*, *cit.*, pp. 303-340.

fundamentos "políticos" es constituyente, argumenta Orlando en sus *Estudios jurídicos sobre el gobierno parlamentario* de 1886, entonces "soberano" no es ni el rey ni el pueblo, sino el propio Estado personificado.[21]

Se conseguían así, mediante esta supresión del momento constitucional,[22] de carácter antiilustrado y anticontractual, dos

[21] Fioravanti, M., *Costituzione*, *cit.*, pp. 10-21; Fioravanti, M., *Le dottrine dello stato*, *cit.*, pp. 408-412. Los *Studi giuridici su l governo parlamentare* de 1886, se encuentran ahora en Orlando, V. E., *Diritto pubblico general*, *cit.*, pp. 345 y ss. Véase, *infra*, en la nota 52, los resultados totalitarios de esta doctrina en el pensamiento de Alfredo Rocco. Según la interpretación de Fioravanti (*Costituzione*, *cit.*, pp. 7-15), el alcance principal de la construcción orlandiana fue la elaboración de una "doctrina de los orígenes y formación del Estado unitario" susceptible de asegurar el principio de su continuidad, excluyendo toda fundamentación voluntarista y contractual, afirmando así el carácter "originario" de la entidad meta-política, no afectada por el cambio de los regímenes constitucionales ni de los diseños institucionales. Véase la enunciación de esta doctrina en Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, *cit.*, pp. 52-53: "El actual Estado italiano, aunque *de facto* salido de un proceso revolucionario, sin embargo, formalmente, se ha constituido mediante el ensanchamiento sucesivo de un pequeño Estado, que, sin duda, contaba con una vida secular [...]: el antiguo Reino de Cerdeña" que "se ha extendido poco a poco a toda Italia, proclamándose Reino Italiano en 1861. Y fue entonces que con gran sentido político, esta continuidad del Estado, si quiera sea formal, ya que no podía lograrse de otro modo, fue celosamente conservada, no modificando en el nombre del Rey el número relativo a la serie de su predecesores, uniendo la serie de las legislaturas parlamentarias, a la del Parlamento subalpino" y manteniendo como "fundamento constitucional del nuevo Estado el mismo Estatuto que el 4 de marzo de 1848 otorgara a sus pueblos el Rey Carlos Alberto".

[22] La propia idea de un momento o de una voluntad o de una decisión o de un poder "constituyente" (así como la de "Constitución") le parece a Romano, S., "Costituente", *Digesto Italiano*, VIII, Turín, Utet, 1899-1903, pp. 352 y 353, "inasible y falta de efectiva consistencia": con la "segura consecuencia de que un poder, o mejor, una función constituyente [...] no encuentra su lugar en la categoría de conceptos fundamentales del derecho público". Véanse también, de Romano, S., *L'istaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), en *id.*, *Scritti minori*, Milán, Giuffrè, 1950, vol. I, pp. 107 y ss., donde se suprimen junto al momento constituyente, todos los temas relativos a los fundamentos: "[El presente estudio] no pretende examinar ni discutir aquellos viejos problemas con los que se complacían los constitucionalistas del periodo doctrinario y que, en su mayor parte, o han perdido

resultados: en primer lugar, la afirmación de la continuidad del Estado como entidad natural y su autonomización de la política, que como se ha visto permitía conferir un carácter "científico-objetivo" a las disciplinas iuspublicistas y, a través de ellas, por una suerte de legitimación de regreso, carácter "jurídico-objetivo" al propio Estado y a sus instituciones contingentes,[23] en

su importancia, o deben plantearse sobre bases completamente diferentes. La teoría, por ejemplo —concebida al modo tradicional— sí llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia sobre si el pueblo tiene o no derecho a darse el ordenamiento que estima más adecuado; la admisibilidad del así llamado derecho de resistencia colectiva o a la revolución; el problema del origen y de la justificación de la soberanía y, en esta misma línea, el examen de las doctrinas que fundan el Estado sobre la fuerza, sobre elementos contractuales, etc." (*ibidem*, p. 108).

[23] Esta conexión entre Estado y ciencia y esta separación entre Estado y política son ambas explícitamente enunciadas por Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, *cit.*, p. 23: "No creemos posible comenzar nuestro estudio con la definición de la ciencia. Efectivamente, ésta se encuentra tan estrechamente unida a la *noción de Estado* que no puede obtenerse una comprensión plena y científica de una, sin haber determinado antes la otra"; *ibídem*, pp. 41-43; "El estudio científico de la vida de este gran organismo que es el Estado, da lugar a una observación que, a primera vista, parece encerrar una contradicción insuperable [...] De un lado, las leyes que regulan la vida de este organismo aparecen como naturales y necesarias, producto último de una inevitable evolución histórica. En este sentido, también las diferentes relaciones en que participa el Estado, parecen marcadas por este mismo carácter de necesidad, por lo que con lógica, objetiva y absoluta certeza, dado un pueblo determinado en un determinado ambiente, contará con un conjunto de instituciones políticas, cuyo alcance, cuyos términos y contenidos debe necesariamente ser tales. Pero incluso una observación superficial revela en la vida de los pueblos una actividad autoconsciente por la cual aquéllos, lejos de resignarse inertes a esta acción de las leyes naturales, reaccionan poderosamente contra ellas; tienen conciencia de su libertad, libertad de elección entre las diferentes instituciones, libertad sobre todo en el modo de adaptarlas, modificándolas según sus necesidades. De ahí ese trabajo incesante, esa actividad febril, mayor donde mayor es el desarrollo civil e intelectual de un pueblo [...] La orientación positivista a la que pertenecemos no pretende reducir a armonía estas antinomias: para ella basta la observación y la constatación de estas dos verdades, sólo que a cada una de ellas le corresponde un orden científico diferente. Sobre estas bases fundaremos la distinción entre orden jurídico y orden político: uno supone el estudio de las relaciones naturales y necesarias, otro la variabilidad de las mismas

segundo lugar, el otorgamiento a la imagen del Estado así redefinida, y por tanto a la nueva doctrina del derecho público, de una función de refuerzo de la frágil identidad y de la reciente unidad nacional. Con dos consecuencias de carácter antiliberal: la configuración de los derechos fundamentales ya no como límites externos y condiciones de legitimidad política del artificio estatal, sino como "autolimitaciones" de la soberanía del Estado y, por ello, como concesiones disponibles[24] y por otra parte, la extraña doctrina organicista, todavía en boga en muchos manuales de derecho público, que hacen de la soberanía del pueblo y del territorio, otros tantos "elementos" constitutivos del Estado. "La soberanía" escribe Orlando, "corresponde, en relación con el organismo del Estado, al cartesiano *cogito ergo sum*"; al igual que el Estado, "no precisa justificación, es expresión de un hecho natural y necesario, es decir, que dado un organismo político, éste afirma su personalidad jurídica. Y, conforme a nuestros criterios metódicos, todo lo que se refiere al orden natural de las cosas, no precisa de justificación".[25] En cuanto al pueblo, añade Santi Romano, "no tiene existencia jurídica sino en el Estado".[26]

dependiendo de la actividad consciente de búsqueda subjetiva. Así, el Derecho constitucional se distingue de la Política, y también (modificando naturalmente los términos, por la variación de su contenido) el Derecho administrativo de la Ciencia de la administración".

[24] Esta doctrina —anticipada por Carl Friedrich von Gerber con su concepción de los derechos públicos como "efectos reflejos" del derecho soberano con los que el Estado regula su actividad (*Lineamenti di diritto pubblico*, 1865, traducción al italiano de P. L. Lucchini, *Diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 130-133) — fue, como es sabido, elaborad por G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* (1892), traducción al italiano de G. Vitagliano, Milán, Società Editrice Libraria, 1912, pp. 215 y ss., que habla de "auto-obligación del Estado". En Italia sería retomada por Romano, S., "La teoria dei diritti pubblici soggetivi", en Orlando, V. E. (ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, *cit.*, vol. I, p. 163, que habla, en su lugar, de "auto-limitación del Estado".

[25] Orlando, V. E., *Principii di diritto costituzionale*, *cit.*, pp. 58 y 60.

[26] Romano, S., "Nozione e natura degli organi costituzionali dello Statu" (1898), en Romano, S., *Scritti minori*, *cit.*, vol. I, p. 2. En la misma página, Romano enumera los principales resultados obtenidos en la tarea de entificación

Es obvio que, de este modo, se invierte el paradigma liberal y contractualista del Estado de derecho como instrumento artificial con la finalidad, exterior a él, de la tutela de las personas de carne y hueso que lo han construido.[27] El paradigma propuesto resulta, por el contrario, el ambivalente del Estado como abstracción jurídica y como organismo antropomórfico,[28] capaz de sugerir una

y despolitización del Estado, mediante el "desarrollo que, lentamente pero en la actualidad triunfalmente, se ha dado a la dogmática del derecho público": en primer lugar, la concepción del "diputado" como "funcionario público" que actualiza "los intereses y los derechos del Estado", más que como "representante de sus electores cuya voluntad actualiza, cuyos intereses colectivos protege, defendiendo no se sabe qué derechos", ya que éstos, "colectivamente considerados", "necesariamente coinciden" con los estatales, y "también, considerar al elector como un verdadero organismo del Estado y al cuerpo electoral como un cuerpo que ejerce por deber una función pública, de la misma forma que cualquier otro colegio constitucional o administrativo; suprimir, al delinear su noción jurídica, la invocación, exclusivamente política, de gobierno democrático; prescindir de la teoría de la soberanía popular o nacional".

[27] Se trata de la conocida imagen hobbesiana del "Estado, el cual no es otra cosa que un hombre artificial, aunque de mayor estatura y fuerza que el natural, para la protección y defensa del cual fue concebido" (Hobbes, T., *Liviatano*, 1651, traducción al italiano de M. Vinciguerra, Bari, Laterza, 1911, Introduzione, p. 3). Contra la doctrina contractualista del Estado como entidad artificial, la polémica de Orlando y de su escuela fue permanente: "la teoría contractual es *individualista*" dado que con base en ella "la génesis del Estado descansa sobre la *voluntad* de los asociados [...] A tal postulado, nuestra teoría contrapone este otro: el individuo, independientemente de la Sociedad, es *una idea no sólo históricamente poco probable, sino que ni siguiera es abstractamente concebible*: el Estado forma un complemento necesario y una natural derivación de la vida individual" (*Principii di diritto costituzionale*, *cit.*, pp. 30-31). "Así, esta simple consideración *histórica* nos demuestra que el Estado surge como efecto natural y espontáneo de una evolución histórica [...] y, así, una vez afirmado, lo vemos desarrollarse, crecer y morir como cualquier otro organismo [...]. Natural, por tanto, en su origen, manifestaciones y desarrollo: con ello nos basta para dar una fundamentación científica a la teoría del Estado. Así, en antítesis a todas las escuelas individualistas, no subordinamos la existencia del Estado a la manifestación de voluntad individual, sino que la extraemos de una razón de ser autónoma, que hace de aquél un organismo con sus propias leyes y su propio modo de desarrollo (*ibidem*, pp. 37 y 38.

[28] "El Estado", afirma nuevamente Orlando, "es, por tanto, una institución jurídica y un sujeto capaz de Derecho; en cuyos términos está ya incluida la no-

serie de imágenes complementarias —como necesidad natural, como valor ético, como voluntad omnipotente y similares— las cuales se valen de remisiones tanto biológicas o históricas como espiritualistas, mezclando historicismo pandectístico, evolucionismo sociológico positivivsta, estatalismo ético hegeliano y nacionalismo patriótico.[29] El resultado es una metafísica estatalista que ignora, junto al momento constituyente, tanto la soberanía popular como el valor constitucional del estatuto como sistema de límites y garantías, y que mientras que sacraliza al Estado, lo iguala *de facto* con el "Estado administrativo", concebido como lugar de la autoridad y de la imparcialidad en oposición a la política y a la sociedad, vistas por su parte como sede de los intereses particulares, de los conflictos y los egoísmos individuales, de grupo o de clase.[30]

ción de personalidad jurídica del Estado" (*ibidem*, p. 28). Pero se trata también de "un organismo que vive una vida propia, cuyo desarrollo viene determinado por sus propias leyes, cuya formas son dependientes de la necesidad del desarrollo histórico" (*ibídem*, p. 31). No faltan en esta representación evolucionista, acentos racistas: "Así, mientras que ciertos pueblos bárbaros parecen haberse detenido en ciertas organizaciones primitivas de las que puede dudarse que constituyan o no Estados, esta forma ha adquirido, por el contrario, sus formas más complejas y más avanzadas en aquella raza, que ciertamente supera a todas las otras, es decir, la raza aria" (*ibídem.*, pp. 35-36).

[29] Costa, P., *La giuspubblicistica*, *cit.*; *Lo stato immaginario*, *cit.*

[30] No carece de importancia el que la obra más importante producida por la escuela iuspublicista italiana, publicada en diez volúmenes bajo la dirección de Orlando entre 1897 y 1925, se titule *Primo trattato completo di diritto amministrativo*. En él colaboraron los más eminentes iuspublicistas del momento, desde Santi Romano hasta Federico Cammeo, Oreste Ranelleti, Ugo Forti, Cino Vitta, Umberto Borsi y Luigi Raggi. Sobre la construcción del estado administrativo en la Italia liberal, véanse: Cassese, S., *La formazione dello stato amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 11-61; Rebuffa, G., *La formazione del diritto ammininstrativo in Italia. Profili de amministrativisti preorlandiani*, Bolonia, Il Mulino, 1981; Fioravanti, M., *Costituzione*, *cit.*, pp. 24 y ss.; Fioravanti, M., "Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano", en Mazzacane, A., (ed.), *I giuristi*, pp. 309-346; Sordi, B., *Guistizia amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milán, Giuffrè, 1985; Allegretti, U., *Profilo di storia costituzionale*

En el derecho penal esta misma operación se produce más tarde, en torno a los años diez, con la afirmación de la orientación técnico-jurídica de Vicenzo Manzini y Arturo Rocco.[31] La doctrina penal constituía, indudablemente, entre las demás disciplinas jurídicas, la que durante mayor tiempo había mantenido, en detrimento de la autonomía de lo jurídico, una dimensión filosófica. Todavía al inicio del siglo se dividía en dos grandes escuelas: la "escuela clásica" de Franceso Carrara y Enrico Pessina, heredera de la gran tradición liberal e ilustrada de Beccaria, Filangieri y Romagnosi, y la "escuela positiva" de Cesare Lambroso, Enrico Ferri y Raffaelle Garofalo, una de las expresiones más directas y relevantes del positivismo filosófico. El conflicto entre las dos escuelas, más que doctrinal y filosófico se producía entre opciones ético-políticas sobre la concepción misma del ámbito y límites del derecho penal. De un lado, la defensa de la libertad contra la arbitrariedad punitiva, que había arrastrado a la escuela clásica a grandes batallas en defensa de las garantías de legalidad y de certeza, por la abolición de la pena de muerte, por la reducción de los tipos delictivos y las penas, por la reforma en sentido acusatorio del proceso penal y por la mejora de las condiciones de vida de los detenidos. De otro, la primacía de la seguridad y de la defensa social propugnada por la escuela positiva y el consiguiente debi-

italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale, Bolonia, Il Mulino, 1989, pp. 455-484.

[31] El acta de nacimiento de esta orientación técnico-jurídica es la lección inaugural del 15 de enero de 1910 de Arturo Rocco en Sassari, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", extraído de *Rivista di diritto e procedura penale*, año I, fasc. X, 1910, Milán, Vallardi, 1910, p. 25: "Ésta es principalmente, si no exclusivamente, la misión y la función de la ciencia del derecho: la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo vigente, el conocimiento científico y no simplemente empírico del sistema de derecho penal tal como se encuentra vigente en las leyes que nos gobiernan". Las lecciones inaugurales constituían, evidentemente, por su solemnidad, las ocasiones propicias para la exposición de programas y la inauguración de enfoques. Recuérdense las lecciones inaugurales análogas de Orlando de 1889, de Scialoja de 1879, de Serafini de 1871 (citadas en las notas 5, 17, 10 y 12). Sobre la lección inaugural de Rocco, *cfr.* Sbirccoli, M., *La penalistica civile*, *cit.*, pp. 217 y ss.

litamiento de todos los postulados garantistas de la tradición ilustrada: la centralidad del hecho legalmente previsto como delito a la que oponía la del delincuente, concebido como un ser antropológicamente diferente e inferior con base en una concepción ya no convencional sino natural del delito como síntoma patológico de anormalidad; el principio de certeza y proporcionalidad de las penas, sustituido por la idea de defensa social como terapia correccional indeterminada en el tiempo y los contenidos o, alternativamente, como amputación del sujeto infectado e irrecuperable del organismo social; el valor, por último, de la igualdad y de los principios de imputación y responsabilidad a los que la nueva criminalística positiva contraponía una antropología de la desigualdad natural y una metafísica determinista de resultados genuinamente antiliberales y antigarantistas.

En los primeros años del siglo, el enfrentamiento entre las dos escuelas se había agotado por la extenuación de ambas. La escuela clásica había prevalecido al comienzo, influyendo ampliamente, gracias al prestigio de Francesco Carrara, en la elaboración del Código Penal Zanardelli de 1889, de estirpe liberal. Si bien la escuela positiva había terminado por minar sus fundamentos teóricos, favorecida por múltiples factores: la presunta "cientificidad" de su enfoque antropológico y médico y la fascinación de una ciencia penal "integrada" en las nuevas ciencias criminológicas, como la antropología, la sociología criminal, la medicina legal y la psicología forense; las múltiples emergencias —al principio, el bandolerismo, después la subversión anarquista y la indisciplina de las nuevas "clases peligrosas"— afrontadas, desde el comienzo de nuestra historia unitaria, con una imponente legislación policial y de excepción; el giro, finalmente, en sentido estatalista y autoritario de la cultura liberal, animada ya no por la preocupación ilustrada de la garantía del ciudadano contra el poder punitivo, sino por la opuesta de defensa social y de conservación del orden existente.

La ruptura con la tradición liberal-garantista producida en la escuela positivista también influirá, por otro lado, sobre la orien-

tación técnico-jurídica y antifilosófica de Vicenzo Manzini y de Arturo Rocco. El éxito de la nueva orientación —que también gracias a los dos monumentales tratados de derecho penal (1908-1919) y de procedimiento penal (1914) de Manzini, actualizados todavía en nuestros días,[32] se convertirá en la orientación dominante del siglo— fue provocado, además de por el agotamiento de ambas escuelas, por la hegemonía entonces sin rival de la cultura civilista y del modelo epistemológico que ésta proponía. Con ello, si por un lado se afirmaba la "autonomía de lo jurídico" clamorosamente negada por la escuela positiva, se renunciaba, por otro, a toda fundación o justificación externa del derecho penal y, con ello, de sus límites y sus garantías.[33] "Método técnico-jurídico" quiere decir, de hecho, obscurecimiento del punto de vista axiológico externo y fundación autopoyética del derecho penal: en contradicción con la integración de las disciplinas penales con las ciencias antropológicas que perseguía la escuela positivista, y

[32] La producción más conspicua de esta orientación fueron indudablemente estos dos gigantescos tratados de Vincenzo Manzini: el *Tratatto di diritto penale*, en 9 volúmenes, publicado entre 1908 y 1919, y el *Trattato di diritto processuale penale*, en 4 volúmenes, de 1914, todavía reeditados y actualizados. La obra más significativa desde el punto de vista metodológico es, sin embargo, de Rocco, Arturo, "L'oggeto del reato e della tutela giuridica penal" (1913), en Rocco, Arturo, *Opere giuridiche*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1932.

[33] Debe recordarse la declaración antifilosófica contenida en las primeras páginas del célebre *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, Fratelli Brocca, 1908, vol. I, pp. 3 y 4, de Vincenzo Manzini: "Por nuestros estudios se nos muestra como totalmente superflua aquella parte estrictamente filosófica que los antiguos escritores solían colocar al comienzo de sus tratados. La investigación de los así llamados fundamentos supremos [...] ya no le está permitido hoy a una disciplina eminentemente práctica, positiva y de sentido común, como es la nuestra [...]. Ciertamente mayor fue el daño que no el beneficio que se derivó para el derecho penal de la infección filosófica que lo invadió especialmente a partir del siglo XVII". Véase también, de Manzini, V., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, Turín, Utet, 1931, con introducción de Alfredo Rocco, ministro de justicia, I, p. 63: "Los filósofos, con sus artificiosos sistemas, no crearon nada [...]. La filosofía nunca ha tenido ni tendrá influencia alguna sobre las relaciones sociales, si no respeta la conciencia y la opinión de la colectividad dominante".

más aún con el espíritu de utilitarismo ilustrado que, desde Beccaria a Carrara, había plantado siempre la reflexión penal desde la crítica al derecho existente y desde la necesidad de su justificación externa como sistema de garantías que tutelan la seguridad y la libertad individuales.[34] Se conseguía así la homologación de la anomalía penalista, cuyas escuelas clásica y positiva habían per-

[34] El ataque de Arturo Rocco se dirigía, sobre todo, a la Escuela Clásica que, "ignorante al principio, y olvidada después, de las enseñanzas de la escuela *histórica* del derecho había pretendido vanamente forjar un derecho penal diferente del consagrado en las leyes positivas del Estado"; de aquí que, "un abandono a la desenfrenada voluntad de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus desmesuradas tendencias reformadoras, con frecuencia, no encuentra límites" (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penal*, *cit.*, pp. 4 y 3). El remedio propuesto es exactamente el propugnado por Orlando para la iuspublicística: "Hace veinte años, en el campo de las disciplinas de derecho público, se elevó una voz autorizada, la del ilustre profesor Orlando que predicaba el divorcio o, por mejor decir, la separación de estas ciencias de la sociología, de la política y de la filosofía, advirtiendo que era ésta la única condición para el progreso de estas importantísimas ramas de nuestro derecho. La voz no permaneció sin auditorio. Podría hoy repetirse del derecho penal, advertencia que sería tanto más útil y oportuna [...]. Así las cosas, o mucho nos equivocamos, o no hay más remedio que éste: remedio sencillísimo, al menos en su enunciación: mantenerse firmes, religiosa y escrupulosamente apegados al estudio del derecho [...]: del derecho positivo vigente, el único que la experiencia nos muestra y el único que puede constituir el *objeto* de una ciencia *jurídica*, como es la ciencia penal, y como, desmentidos hoy los oráculos de una cómoda pero insensata antropología, debe ser y permanecer. Al tiempo, debemos acentuar cada vez más la distinción, no digo ya la separación, entre la ciencia jurídica penal y la antropología, la psicología, la sociología y también de la filosofía del derecho y de la política criminal, de arte o ciencias cualesquiera, reduciendo aquélla principalmente, si no exclusivamente, como ya sucede en el derecho privado desde hace tiempo, a un sistema de «*principios de derecho*», a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los derechos y las penas, a un estudio, en resumen, general y especial, del delito y de la pena desde su aspecto *jurídico*, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Sólo este enfoque denominado *técnico-jurídico*, resulta admisible en una ciencia justamente *jurídica*, y más aun de carácter *especial*, como es la que lleva por nombre *ciencia del derecho penal*, y el único del que cabe esperar una reconstrucción orgánica de la debilitada estructura del derecho penal" (*ibidem*, pp. 9 y 10).

manecido inmunes durante largo tiempo, aunque por diferentes razones —la primera por el peso y el prestigio de la tradición de la ilustración penal italiana, la segunda por su explícito anclaje en las ciencias antropológicas— a la neutralización política inducida por la pandectística.[35]

El positivismo de la "escuela positiva" no podía, en resumen, resistirse a los ataques concurrentes de la cultura jurídica dominante y, por otro lado, del idealismo entonces triunfante: el cual, aunque se encontraba indefenso frente al tecnicismo impermeable de las disciplinas civilistas y publicistas, perfectamente podía dirigir sus golpes contra sus explícitas premisas filosóficas. Ello no quita para que el positivismo sociológico, organicista y evolucionista haya permanecido, todavía durante los primeros veinte años del siglo como la cultura filosófica de fondo de toda la cultura jurídica, conjugándose cómodamente tanto con el iuspositivismo legalista como con el organicismo historicista y con las vocaciones sistematizantes de la tradición pandectística. De ello son expresión dos grandes empresas: la *Enciclopedia giuridica italiana* y el *Digesto italiano. Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, publicadas ambas en 50 tomos, la primera entre 1881 y 1937 y la segunda entre 1884 y 1921, que constituyeron enormes sumas de saber jurídico y, en conjunto, de historia y de análisis social.[36] El positivismo sociológico sigue siendo, en particular, el trasfondo filosófico de la iuspublicística a la que sugiere las imágenes de la sociedad como lugar del conflicto, de intereses particulares y de jerarquías naturales, en

[35] Mario Sbriccoli habla, a este respecto, de un traspaso desde la "penalística civil" de la escuela clásica y de la escuela positiva, —caracterizadas justamente, aunque por razones opuestas, por un enfoque civl del jurista—, a la "civilística penal" (*La penalistica civile*, *cit.*, p. 224). Véase también el reciente ensayo de Sbriccoli, M., "Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)", en Violante, L. (ed.), *Storia d'Italia. Annali*, 14, *Legge, Diritto, Giustizia*, Turín, Einaudi, 1998, pp. 485-551.

[36] *Cfr.* Mazzacane, A. y Schiera, P. (eds.), *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, Bolonia, Il Mulino, 1990.

oposición al Estado, configurado organicistamente como el momento unificador del interés general y el punto de llegada de la evolución histórica.[37] E informa, por último, a toda la historiografía del derecho italiano, que, al contrario que la romanista de tipo pandectístico y actualizante, nace desde un comienzo como historiografía histórico-positivista, docta, anticuaria y filológica: si no por otra razón, porque debía enfrentarse, en cuanto que prevalentemente medievalista, con fuentes diferentes del *corpus iuris* justinianeo, como el Edicto de Rotario o las costumbres alto medievales o los estatutos de las ciudades, sin duda, no actualizables en el presente.

Sobre estas bases se forma un saber jurídico unitario, por su método, aparato conceptual y estilo argumentativo, tan consciente de su papel constituyente en lo relativo al derecho y al Estado como celoso de su autonomía, confiada al proclamado rigor "científico" de sus estatutos disciplinares. El paradigma civilista continuará siendo dominante al menos hasta los años sesenta de nuestro siglo, y proporcionará los postulados de la deontología del jurista y de su ideología de clase: la neutralidad y la apoliticidad del derecho; la plenitud y la coherencia del ordenamiento; el carácter técnico-avalorativo de las interpretaciones, tanto doctrinales como judiciales. Lo mismo cabe decir del paradigma estatocéntrico del derecho público y del formalista del derecho penal, que comparten su ausencia de fundación constitucional y

[37] Véanse los pasajes de Orlando mencionados en las notas 22, 24, 26 y 27. Sobre el positivismo como trasfondo de la cultura iuspublicista y de sus imágenes organicistas y anti individualistas, *cfr.* Costa, P., *La iuspubblicistica*, *cit.*, pp. 101-111; Costa, P., *Lo Stato immaginario*, *cit.* Muy escasa resulta, sin embargo, la influencia de la filosofía idealista —la de Gentile y menos aun la de Croce— salvo en algunos ecos hegelianos en las connotaciones éticas del paradigma estatocéntrico, fruto más bien del organicismo positivista. Por lo demás, la cultura jurídica, a causa de su autosuficiencia, no delata más que débilmente la influencia de aquella filosofía y menos aun de la filosofía del derecho que, sin embargo, había alcanzado un notable desarrollo académico en las facultades de derecho.

su concepción autopoyética tanto del Estado como de su potestad punitiva.

Por estas vías, el estatalismo ético, aunque sin explícitas conversiones idealistas, penetra en la cultura jurídica italiana, tributaria desde entonces de una ininterrumpida dependencia de la cultura alemana.[38] En el plano político, aparte de la específica corriente del "socialismo jurídico",[39] la opción prevalente entre los juristas era, ciertamente, la liberal. Ahora bien, el liberalismo de la cultura jurídica prefascistas es, por su intrínseca estructura teórica, un liberalismo conservador y autoritario, estatalista y patriótico, que no tendrá dificultades para encontrarse con el fascismo sin ni siquiera volverse fascista, sino sencillamente permaneciendo fiel a sí mismo. Y, sin embargo, esta cultura —aunque promueve sin dificultad el fascismo, justamente en nombre del propio tecnicismo y de la propia cientificidad y apoliticidad—, podrá desplegarse en defensa de la autonomía del derecho y de la legalidad, desarrollando en el ventenio fascista un papel liberal de garantía opuesto al ejercido anteriormente.

[38] Sobre la "asimilación" en Italia de la cultura alemana, véase Rocco, Alfredo, "La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, IX, 1991, parte I, pp. 285-304; Donati, B., "Dall'esegesi delle leggi alla scienza del diritto", 1925, IV, pp. 583-603; Ferrara, F., "Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)", en Ferrara, F., *Scritti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1954, vol. III, pp. 273-333. Ahora bien, la subalternidad cultural a la doctrina alemana, mediante la recepción generalizada del paradigma civilista y pandectista, afectó a todas las disciplinas jurídicas, tanto a la iuspublicista, como a la penalista o a la procesal. Y se prolongará durante todo el siglo, gracias también a la leva de los estudios en Alemania, impuesta desde entonces a varias generaciones de juristas por las férreas normas de la academia.

[39] Sobre el socialismo jurídico, *cfr*: Ungari, P., "In memoria del socialismo giuridico", *Politica del diritto*, 1970, pp. 241 y ss; *cfr*: también los dos volúmenes dedicados a "Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-75, Milán, Giuffrè, 1975, y, en particular, Sbriccoli, M., "Il diritto penale sociale. 1883-1912", y Sbriccoli, M., "Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano".

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo tercero

LA CULTURA JURÍDICA DURANTE EL FASCISMO

Se explica de este modo la sustancial aceptación del fascismo, incluso dentro de una aparente y distante neutralidad, por parte de la cultura jurídica liberal. El principal —enorme— servicio prestado por ésta al régimen fue el de su legitimación constitucional, justamente en nombre de la continuidad del Estado, que constituía uno de sus postulados. Al contrario que en Alemania, donde el nazismo se propugnó como ruptura incluso formal con la Constitución de Weimar, avalada y teorizada por los juristas, en Italia, se realizó la operación contraria. Pese a la falsificación del Estatuto provocada por la supresión del sistema parlamentario y de las libertades fundamentales, los juristas se preocuparon principalmente de ocultar la ruptura sin, ni siquiera, tematizarla. Con ello, sin embargo, no contradecían, sino que sencillamente adaptaban a los nuevos tiempos sus ya consolidados paradigmas académicos, que, como se ha visto, ignoraban el constitucionalismo. No se produjo, en resumen, por su parte, revuelta u oposición alguna por deber de coherencia, dado que el estatuto no formaba parte esencial de aquellos paradigmas, al igual que no formaban parte de él ni la idea democrática de la soberanía popular, menos aun en las formas aborrecidas de los nuevos partidos de masas y de las organizaciones sindicales agredidas por el fascismo, y, ni siquiera, la idea liberal del carácter inderogable y supraestatal de los derechos fundamentales.

Naturalmente, hubo entre los juristas, a parte de las pocas figuras antifascistas como Silvio Trentin y Francesco Ruffini, diferentes grados y formas de comportamiento, compromiso y adhesión: el alejamiento de los viejos maestros, como Orlando y Scialoja, que se apartaron en espera del final de lo que, como Croce, consideraban un "paréntesis"; la adhesión al régimen de

cuantos, como Santi Romano, Oreste Ranelleti y Vicenzo Manzini, eligieron trabajar desde el interior por convergencia objetiva con el estatalismo fascista aunque también para salvar lo salvable del principio de legalidad y de los valores de neutralidad del Estado y de autonomía del derecho; la aquiescencia de la gran mayoría, por oportunismo, transformismo o simple conformismo; la actuación militante, por último, de los juristas más propiamente del régimen.[40] Pero, más allá de las adhesiones más o menos convencidas, los terrenos de encuentro fueron, de un lado, el viejo método técnico-jurídico que había creado una cultura antipolítica, burocrática y estatalista que bien podía convivir con el fascismo y, por otro, la gran capacidad del régimen para integrar a los "técnicos": baste pensar en la designación de Santi Romano como presidente del Consejo de Estado, de Alfredo Rocco como ministro de justicia, y en la llamada a decenas de juristas del mundo académico —de Vittorio Scialoja a Filippo Vassalli, de Enrico Redenti a Francesco Carnelutti y a Piero Calamandrei, de Vincenzo Manzini a Arturo Rocco——para las comisiones de reforma de los códigos.

Norberto Bobbio seguramente tiene razón al excluir, con carácter general, la existencia de una "cultura fascista" capaz de producir "iniciativas o empresas duraderas e históricamente relevantes".[41] El derecho, sin embargo, es quizá el sector en el cual menos que en ningún otro puede considerarse el fascismo como un "paréntesis". Pese a su decadencia filosófica y su carácter prevalentemente declamatorio, se desarrolló gracias a Giovanni Gentile, Alfredo Rocco, Arnaldo Volpicelli y Giuseppe Mag-

[40] Petro Costa distingue entre "juristas tradicionales" o "juristas-juristas" y "juristas militantes" (*La giuspubblicistica*, *cit.*, pp. 125-128). Maurizio Fioravanti distingue, por su parte, entre quienes, como Orlando, adoptaron la "estrategia del alejamiento y la indiferencia", quienes decidieron trabajar como técnicos dentro del régimen, lo juristas del régimen como Carlo Costamagna y los innovadores como Sergio Panunzio y, después, Constantino Mortati y Vezio Crisafulli (*Costituzione*, *cit.*, pp. 39-68).

[41] Bobbio, N., "La cultura e il fascismo", en Quazza, G. (ed.), *Fascismo e società italiana*, Turín, Einaudi, 1973, p. 229.

giore, una doctrina fascista del Estado totalitario[42] que, sin lograr penetrar en profundidad en la cultura jurídica, no se produjo ciertamente sin consecuencias en la ideología de las clases profesionales y burocráticas, a las que sirvió para cimentar la relación de fidelidad con el régimen. Además, inspirándose en las doctrinas de Alfredo Rocco, Giuseppe Bottai y Ugo Spirito, el fascismo produjo —con las leyes del 26 sobre estatalización de los sindicatos y de contratación colectiva y, después, con la ordenación de las corporaciones realizada con las leyes del 5 de febrero de 1934 y del 19 de enero de 1939— un específico modelo institucional: el del Estado corporativo, basado en la solidaridad orgánica de las clases, de los intereses y de las fuerzas productivas y su subordinación y unificación en el Estado, ya no separado como en el modelo liberal, de la sociedad.[43] Finalmente, el fascismo ha dejado rastros duraderos en nuestro sistema institucional. Si la doctrina fascista y las instituciones corporativas desaparecieron con la caída del régimen, no puede decirse lo mismo de gran parte

[42] Hay que recordar de Volpicelli, A., "I fondamenti ideali dello stato corporativo", *Archivio di studi corporativi*, I, 1930; de Rocco, Alfredo, "La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista", *La Voce*, Anonima Roma, Editrice, 1927; de Maggiore, G., "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario", *Rivista italiana di diritto penal*, 1939 (véase el pasaje que se cita más abajo en la nota 51). Sobre Alfredo Rocco, *cfr.* Ungari, P., *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Véase también Schmitt, C. *et. al*, *Gli Stati europei a partito politico unico*, Milán, Panorama, 1936, que recoge las conferencias celebradas por los tres autores en el Círculo Jurídico de Milán entre diciembre de 1935 y junio de 1936: en especial, Ranelleti, O., "Il partito nazionale fascista nello Stato italiano", pp. 17-23, que teoriza el carácter "totalitario" del partido fascista a causa de la "exclusión y prohibición de constituir cualquier otro partido" y, al tiempo, su naturaleza de "institución de derecho público", y C. Schmitt, "I caratteri esenziali dello Stato nazionalsocialista", pp. 37-52, que enuncia la "conexión orgánica entre derecho y Estado [...] efectuada en los órganos supremos y, en primer lugar, en el *Führer* del Partido".

[43] *Cfr.* Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Turín, Einaudi, 1965; Tarello, G., *Corporativismo* (1970), ahora en Tarello, G, *Cultura giuridica*, *cit.*, pp. 378 y ss; Schwarzenberg, C., *Il sindicalimo fascista*, Milán, Mursia, 1972.

de la legislación básica: los cuatro códigos —el penal y el de procedimiento penal de 1930, el civil de 1942 y el de procedimiento civil de 1940— de los cuales sólo el segundo ha sido reformado en 1989, mientras que los otros tres siguen hoy en día vigentes; la ley de seguridad pública y el reglamento carcelario, en vigor hasta 1975; la regulación bancaria y las instituciones de gobierno de la economía; las participaciones estatales, el crecimiento de los entes públicos y las primeras estructuras de un Estado social burocrático.[44]

Al fascismo no le faltó, en resumen, un ambicioso y sistemático proyecto jurídico, traducido en una profunda reforma del Estado en sentido autoritario. Ciertamente, se mantuvo relativamente ajeno a la gran cultura académica de los Chiovenda, Calamandrei, Manzini o Zanobini, los cuales lograron conservar un considerable grado de autonomía del derecho y, al revés de cuanto sucede con las experiencias totalitarias contemporáneas de Alemania y la Unión Soviética, conciliar, en la elaboración de los códigos, un planteamiento autoritario con la defensa del principio de legalidad. También es verdad que se conservó una cierta autonomía, gracias al peso de la tradición técnico-jurídica, por parte de la magistratura, tanto que en 1926, tras el proceso por el asesinato de Matteotti, el régimen se vio obligado a recurrir, para su justicia política, a los tribunales especiales. Se trataba, con todo, de una autonomía limitadísima, además de restringida a los jueces sentenciadores, dado que el ministerio público dependía ya antes, según el ordenamiento judicial de 1865, apenas retocado en las reformas de 1923 y 1941, del Poder Ejecutivo, y tenía además la potestad de promover la acción disciplinaria contra todos los magistrados.[45] Incluso en la administración pública, en la

[44] *Cfr*: Cassese, S., *La formazione dello stato amministrativo*, *cit.*, pp. 65 y ss.

[45] *Cfr*: Neppi Modona, G., "La magistratura e il fascismo", en Quazza, G. (ed.), *Fascismo e società italiana*, *cit.*, pp. 127-181; Aquarone, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, *cit.*, p. 246. Véase también, sobre la magistratura y el estatuto judicial prefascista, D'Addio, M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milán, Giuffrè, 1966; Marovelli, P., *L'indipendenza e l'autonomia della ma-*

que la inscripción al Partido Fascista fue obligatoria desde 1932, el gran prestigio de la iuspublicística liberal, y en particular las enseñanzas de Santi Romano y de Oreste Ranelleti, consiguieron preservar, en nombre del formalismo y del tecnicismo asociado a los tradicionales paradigmas de la neutralidad del Estado y de la imparcialidad de la administración, al menos una apariencia de Estado administrativo de derecho separado de la política del régimen. Se trató, con todo, de una acción defensiva que, aunque preciosa, no impidió la fascistización del Estado, producida en 1925-26 con las "leyes fascistísimas" y coronada con las leyes raciales del 38, ni tampoco la de las conciencias, tanto de los juristas menores como de los funcionarios públicos, a los que se impuso un control disciplinario cada vez más minucioso.[46]

Por otra parte, la propia autonomía asegurada a la alta cultura jurídica por su gran tradición no impidió modificaciones significativas de los paradigmas disciplinares, que se expresaron tanto en el plano doctrinal como en el de la codificación. La defensa de la tradición fue, obviamente, máxima en las disciplinas civilistas, de las que, sin embargo, se puso en cuestión el viejo modelo individualista: piénsese en la teoría del negocio jurídico de Emilio Betti, centrada no sobre el dogma liberal de la voluntad sino sobre la categoría de "causa" como "función socialmente relevante" que "justifica" su tutela jurídica,[47] y en la relectura, sugerida por Salvatore Pugliatti, del conjunto del ordenamiento

gistratura italiana dal 1848 al 1923, Milán, Giuffrè, 1967; Neppi Modona, G., *Sciopero, potere politico e magistratura. 1870/1922*, Bari, Laterza, 1969; Pignatelli, A., "I controlli politici sul giudice dallo stato liberale al regime fascista", *Politica del diritto*, 1975, I, pp. 103-126.

[46] Sobre el papel de "tutores del Estado de derecho" asumido por Santi Romano, Oreste Ranelleti y otros juristas del Estado administrativo, *cfr.* Fioravanti, M., *Costituzione*, *cit.*, pp. 43-46. Sobre la penetración ideológica del fascismo en el sector de los empleados, *cfr.* Salvati, M., *Il Regime y gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1992.

[47] Betti, E., *Teoria del negozio giuridico* (1943), 2a. ed., Turín, Utet, 1952, pp. 147 y 187.

civilista a la luz de los principios programáticos de la *Carta del lavoro*.[48] En cuanto al código civil, fue el resultado de un debate de veinte años que contempló el enfrentamiento de quienes como Vittorio Scialoja y Mariano D'Amelio propugnaban una reforma puramente técnica que no afectase al viejo edificio pandectístico y los que, por el contrario, como Sergio Panunzio y Carlo Costamagna, proponían la incorporación al código de los nuevos principios del corporativismo fascista y del dirigismo estatalista en las relaciones económicas. Prevaleció, gracias a Emilio Betti y sobre todo a Filippo Vassalli, una solución de compromiso: la salvaguardia del tradicional planteamiento privatista acompañado, sin embargo, de una connotación en sentido publicista y corporativo del sistema de fuentes, entre las cuales se incluyeron las normas corporativas y los convenios colectivos, y de la disciplina de la empresa y de las relaciones de trabajo inspiradas en la *Carta del lavoro* de 1926, que el 30 de enero se transformó en ley sobre "los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado".[49]

Mucho mayor sería el peso de la ideología fascista en la elaboración del código penal. Ciertamente, el método técnico-jurídico recientemente adoptado permitía a la penalística una conversión sin traumas. Con el fascismo el derecho penal acentúa incluso sus caracteres autoritarios, convirtiéndose en una técnica de defensa no sólo *social*, es decir de la sociedad, sino también del derecho y del Estado mismos. Reflejo y mecanismo de esta evolución es la transfiguración producida desde 1913 por Arturo Rocco, del concepto de "bien jurídico" merecedor de tutela penal, que la tradición liberal clásica había identificado con los derechos de la persona, en el autorreferencial "derecho del Estado a

[48] Véanse las obras de Pugliatti, S., "L'ordinamento corporativo e il codice civile", *Rivista del diritto commerciale*, 1942, I, pp. 358 y ss.; *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni* (1942), y *Diritto civile*, *cit.*, pp. 167 y ss.

[49] *Cfr.* Salvi, C., *La giusprivatistica*, *cit.*, pp. 241-258. *Cfr.* también Rodotà, S. (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, Introducción, pp. 26 y ss.

las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de la pena".[50] De ahí se deriva la jerarquía de los bienes, todos ellos abstractos y estatalizados —la personalidad del Estado, la administración pública, la religión del Estado, el orden público, la economía pública, la integridad y la salud de la estirpe, la moralidad pública y, sólo en último lugar, las personas de carne y hueso— en la que se organizan los delitos del código penal de Alfredo Rocco, a cuya elaboración colaboró su hermano Arturo.[51] Al margen de

[50] Rocco, Arturo, *L'oggeto del reato*, *cit.*, p. 554.

[51] Vincenzo Manzini en la parte especial de la edición de 1933 de su *Trattato*, llega a identificar al "*objeto de la tutela penal*, en relación con los delitos de homicidio" con "el interés del Estado relativo a la seguridad de la persona física, en cuanto se refiere particularmente al bien jurídico de la *vida humana*, considerado como relaciones entre hombres". Y aclara: "La vida humana, en el Estado fascista (como, por otra parte, en cualquier Estado moderno) es un bien de interés eminentemente público, ya que la esencia, la fuerza y la actividad del Estado mismo residen necesariamente en la población, es decir, en la unión de todos los ciudadanos. El homicidio priva injustamente de una unidad a esta colectividad, y, por ello, produce un daño público, el cual si bien puede resultar mínimo, no por eso deja de existir" (*Trattato del diritto penale italiano secondo il codice de 1930*, Turín, Utet, 1933, vol. VIII, § 2877, p. 7, citando, en nota, la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, p. 365, donde el ministro Rocco asigna en todo el capítulo de los delitos contra la vida humana la "finalidad de asegurar, además de una más robusta protección de los bienes individuales, también, y más específicamente, *la tutela del supremo interés del Estado en el desarrollo progresivo de la raza*"). Análogamente, prosigue Manzini, "*objeto específico de la tutela penal*, en relación con el delito de lesiones es el interés del Estado relativo a la seguridad de la persona física, en cuanto se refiere propiamente a la integridad física y físico-psíquica de la propia persona" (*ibidem*, § 2934, p. 146); "*objeto de la tutela penal*, en relación con los delitos contra la libertad individual clasificados en el código como «contra la persona», es el interés del Estado de proteger en los individuos aquella libertad e independencia que les reconoce el ordenamiento jurídico [...]. Los intereses jurídicos de libertad individual, aunque en sí mismos tengan naturaleza privada, son siempre *intereses públicos*. Aparecen reconocidos, de hecho, por la conveniencia para el Estado defender la libertad de todos [...]. El Fascismo tutela la libertad individual porque ésta, convenientemente disciplinada y garantizada, es condición necesaria para que los individuos puedan ser útiles al Estado y a ellos mismos" (*ibídem*, § 3032, pp. 523-524, 527 y 528), y así sucesivamente hasta el delito de hurto, cuyo "*objeto específico de tutela penal* [...] es el interés

esta arquitectura, sin embargo, el propio enfoque técnico-jurídico, conscientemente defendido por Vincenzo Manzini, logró salvaguardar en el código, contra las tesis totalitarias de Giuseppe Maggiore,[52] el principio de estricta legalidad y materialidad del delito, y de este modo, impedir la derivación subjetivista que, en Alemania, llevará a la penalización, además de figuras objetivas de acción, de "tipos subjetivos de autor" diagnosticados sobre la base de la disposición interna (*Gesinnung*) de fidelidad al régimen. Preservada de esta forma la estructura formal del delito, la cultura penalista permitió que la ideología fascista se expresase en elementos más extrínsecos, como la reintroducción de la pena de muerte, la previsión de una serie interminable de delitos de opinión, las penas severísimas para los delitos contra la perso-

público relativo a la inviolabilidad de los bienes patrimoniales" (*ibidem*, vol. X, § 3225, p. 6).

52 "En caso de incertidumbre en el derecho", escribe G. Maggiore, "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario" en *Rivista italiana di Diritto penale*, 1939, p. 159, el juez se atendrá "al principio *in dubio pro republica*, que sustituye, en el estado totalitario, al antiguo *in dubio por reo*. En la incertidumbre, para la legislación alemana, se convierte en fuente de derecho «el sano sentimiento del pueblo». Para nosotros, podría tener valor como fuente la voluntad del Duce, tal como se puede deducir de sus palabras, de sus enseñanzas o de su doctrina. Cuando la ley resulte obscura o calle totalmente, será fuente del derecho penal «la voluntad del Jefe» que es la ley de toda ley: el jefe, bien entendido, de un gobierno totalitario, que no habla a través del parlamento y de sus leyes, sino que se expresa dirigiéndose directamente al pueblo, de cuyo sentimiento y de cuyos ideales es el único intérprete". También Francesco Carnelutti se expresa contra el principio de legalidad penal: "No existe razón verdadera alguna por la que un acto socialmente dañoso no expresamente previsto por la ley penal no pueda ser castigado. Que los primeros en rechazar este prejuicio hayan sido los rusos es una verdad que es preciso reconocer y de la cual no conviene extraer motivos de ensoberbecida desconfianza. Desde el punto de vista jurídico, la revolución rusa representa la punta de lanza de ese movimiento de reacción contra el monopolio legislativo que caracteriza a nuestro siglo [...]. La idea, decisiva y simple, consiste en que quien se fía del juez para la formación del mandato penal en lo relativo a la sanción, no tiene motivos para no fiarse de él en lo relativo a la formación del precepto" (Carnelutti, F., "L'equità nel diritto penale", *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, I, pp. 105 y ss., y 116).

nalidad del Estado. El edificio represivo de Rocco fue, por otra parte, completado con la simultánea aprobación del código de procedimiento, de sello inquisitorial, y del reglamento carcelario, y del nuevo texto único de las leyes de seguridad pública.

No menos relevantes fueron las innovaciones introducidas en la iuspublicística. También en el derecho público, como se ha visto, el prestigio de la tradición personificada por Orlado y Romano consiguió poner freno al empuje de los que, como Carlo Costamagna y Sergio Panunzio, proponían la ruptura de la continuidad y la refundación del Estado sobre la base de una explícita constitucionalización de los principios del fascismo y del corporativismo. Por otra parte, una verdadera ruptura, no era, en el plano teórico, ni siquiera necesaria, estando la continuidad asegurada por la idea de soberanía del Estado que la iuspublicística liberal había elaborado y que, como no dejó de señalar Alfredo Rocco, contenía en sí el germen del totalitarismo.[53]

En la escuela de Panunzio se formó, sin embargo, una nueva generación de juristas cuyos principales exponentes, Costantino Mortati y Vezio Crisafulli, se convirtieron en defensores de un nuevo modelo de Estado, que minaba la idea tradicional de su neutralidad y apoliticidad: ya no se trataba del Estado-persona

[53] Rocco, Alfredo, *La trasformazione dello Stato*, *cit.*, pp. 18 y 19: "El Estado fascista es el Estado verdaderamente soberano, es decir, el que domina todas las fuerzas existentes en el país y las somete a su disciplina [...]. Esta teoría del Estado soberano no es, en realidad, nueva, ya que toda la escuela jurídica del derecho público la profesa. Esta escuela siempre ha enseñado que la soberanía no reside en el pueblo, sino en el Estado, principio afirmado en todos los escritos de los maestros del derecho público extranjeros e italianos, y también por muchos de nuestros juristas que, en el campo político, se declaran liberales o democráticos, sin darse cuenta de la evidente contradicción en que se encuentran. En realidad, decir que el Estado es soberano es negar el liberalismo y la democracia, para los cuales no existe una superioridad de los fines del Estado a los del individuo, al igual que no existe la superioridad del Estado. Tales contradicciones, en estas mismas personas, entre concepción jurídica y concepción política del Estado, resultan tanto más admirablen en cuanto que es evidente que de la teoría de la soberanía del Estado desciende lógicamente la teoría del Estado fascista".

separado y abstraído de la sociedad, y ni siquiera del imparcial Estado administrativo, sino del Estado como gobierno de la sociedad, como consecuencia de su función de dirección política —es decir, de dirección de la economía, de mediación de los intereses corporativos y de su intervención en la esfera de las necesidades sociales— identificada como una cuarta función que añadir a los tres poderes tradicionales.

Esta nueva orientación, sin duda, se ponía a la altura de los problemas del Estado social y de las relaciones entre esfera pública y esfera privada que caracterizaron el derecho de la segunda mitad del siglo XX. Costantino Mortati, en particular, recoge del fascismo, más allá de la repugnancia por sus aspectos totalitarios, la novedad que representa la implicación de las masas en la vida del Estado, el papel político del partido y del sindicato, así como las nuevas funciones económicas y sociales asumidas por la esfera pública: en una palabra, una respuesta a todas aquellas transformaciones que el viejo Estado liberal había sido incapaz de afrontar y que habían provocado su crisis. De aquí el papel normativo y programático asignado por él a los principios generales del derecho. De aquí, sobre todo, la doctrina de la "Constitución material", elaborada por él en 1940, que prefigura —más allá del fascismo, pero en alternativa a la vieja separación liberal entre Estado y sociedad y entre derecho y política— "el espacio de la doctrina de la Constitución" como núcleo de valores políticos y de normas fundamentales supraordenadas a todo el ordenamiento.[54] Se trata, sin duda, de una doctrina marcada por una fuerte ambigüedad, no sólo por sus orígenes poco claros sino

[54] Fioravanti, M., *Costituzione*, *cit.*, p. 60. Sobre el pensamiento y el papel de Costantino Mortati, parangonable tan sólo en la historia de la iuspublicística, al de Orlando y Romano, y sobre la ruptura introducida por él en el viejo sistema de apoliticidad del Estado (sobre todo con su célebre ensayo *La costituzione materiale*, Milán, Giuffrè, 1940), *cfr.* Galicia, M. y Grossa, P. (eds.), *Il pensiero giuridico de Costantino Mortati*, Milán, Giuffrè, 1990 y, en particular, el largo ensayo de Fioravanti, M., "Dottrina dello Stato-persona e dottrina della Costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana", *ibidem*, pp. 45-185.

también por el equívoco al que dará lugar, al margen de la intención de su autor, mediante la obscura e insidiosa contraposición entre "Constitución formal" y "Constitución material". Aunque sea en ella en la que se rastrean, para bien y para mal, los primeros gérmenes de nuestro constitucionalismo y los primeros, aunque confusos, elementos de una doctrina democrática del derecho público.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo cuarto

LA CONSTITUCIÓN DE 1948 Y LA CULTURA JURÍDICA DE LOS COMIENZOS DE LA POSGUERRA

Con la caída del fascismo, el nacimiento de la República y la aprobación de la Constitución, se modificó radicalmente la forma del Estado italiano y, con ella, todo el paradigma del derecho. Esta transformación, de la que tardará largo tiempo en tomar conciencia la cultura jurídica, se manifiesta esencialmente en esa breve pero intensa fase de la democracia neonata que fuera la Asamblea Constituyente, de la que la carta constitucional fue un "producto autógeno" consecuencia de la calidad de sus componentes y de las fuertes tensiones civiles y políticas que animaron los trabajos.[55]

Inaugurada por Vittorio Emanuele Orlando, que en su alocución como diputado de más edad, declaró representar "todo el pasado de una historia que se ha cerrado",[56] la Asamblea reunía a lo mejor de la cultura política y jurídica italiana: desde los expo-

[55] Se trata de la opinión de Cheli, E., *Il problema storico della Costituente* (1973), ahora en Cheli, E., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bolonia, Il Mulino, 1978. Sobre las culturas de la Asamblea Constituyente, *cfr.* además De Siervo, U. (ed.), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Bolonia, Il Mulino, 1980, 2 vols., con artículos de Silvio Basile, Sara Volterra, Ugo De Siervo, Paolo Barile, Fernanda Bruno, Stefano Grassi, Enzo Balboni, Aldo Travi, Pietro Ciarlo, Carmen Carissimi, Antonio Cassese; Romeo, G. A., *La stagione costituente in Italia (1943-1947). Rassegna della storiografia*, Milán, Angeli, 1992; Franceschini, C. *et al.* (eds.), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Actas del Congreso celebrado en Roma los días 19-21.10.199, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1997. Véanse también las recopilaciones de estudios sobre dos de los juristas constituyentes más importantes: Galicia, M. y Grossa, P. (eds.), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, *cit.* y Barile, P. (ed.), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milán, Giuffrè, 1990.

[56] En la sesión del 25 de enero de 1946 (citado por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente*, *cit.*, p. 15).

nentes de la vieja Italia liberal como Croce, Nitti, Bonomi, Sforza y Einaudi, a los futuros protagonistas de la Italia republicana como De Gasperi, Togliatti, Nenni, Saragat, La Malfa, Gronchi, Fanfani, Dossetti, Di Vittorio, Vanoni, Andreotti y Giolitti; de los jefes del antifascismo y la resistencia, como Parri, Pertini, Terracini, Longo, Foa, Basso y Luss; a una larga fila de juristas bien alejados del viejo estereotipo del jurista técnico y apolítico: como Ruini, Calamandrei, Mortati, La Pira, Moro y Tosato. Se produjo entonces probablemente, sobre todo en la comisión de los 75 encargados de redactar el texto de la carta, el debate institucional más elevado de nuestra historia.

La ruptura con el pasado provocada por la Constitución se manifiesta fundamentalmente en tres innovaciones, de las que todavía hoy, creo, no se considera adecuadamente el alcance. La primera es el reconocimiento, en la base de nuestro ordenamiento, del poder y del momento constituyente[57] tradicionalmente excluido del viejo pensamiento jurídico liberal. Momento "constituyente" en dos sentidos, negativo y positivo. En el sentido, en primer lugar, de la ruptura radical con el fascismo, que había renegado abiertamente de la Constitución y que había constituido la negación del constitucionalismo, es decir, de la división de poderes y las libertades fundamentales.[58] Y en el sentido, aun más importante, de que la Constitución se configura, con la intervención de todos los partidos principales, como un "pacto" o

[57] El poder constituyente fue regulado por el D.Lgs.Lgt. 25.6.1944, n. 151, cuyo artículo 1o. establece que "tras la liberación del territorio nacional, las formas institucionales serán elegidas por el pueblo italiano, que, a tal fin, elegirá, por sufragio universal, directo y secreto, una asamblea constituyente para la deliberación de la nueva constitución del Estado". Por el D.Lgs.Lgt. 16.3.1946, n. 98, que convocó la Constituyente se le sustrajo y sometió a referéndum celebrado el 2 de junio de 1946, la elección entre monarquía y república, así como la competencia legislativa ordinaria, confiada provisionalmente al gobierno.

[58] Según la bien conocida definición de "Constitución" sancionada en el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pàs assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

"compromiso" constituyente, refundador del Estado y, al tiempo, de la unidad nacional y de la convivencia civil.[59] Por primera vez en nuestra historia, en los mismos años en que la división entre las fuerzas políticas había alcanzado su nivel más alto, se colocaba así en la base del Estado la idea normativa, de origen ilustrado y contractualista, de la Constitución como "pacto" suscrito por todos sobre los fundamentos de la República. El acuerdo se produce principalmente entre las tres fuerzas y las tres culturas —liberal, católica y socialista— que en conjunto representaban a la gran mayoría de los italianos y que ya se habían alineado en la Resistencia en aquel "pacto de no agresión", como lo ha llamado Norberto Bobbio,[60] que fue el Comité de Liberación Nacional. Lo que se expresa en los respectivos aportes, todos ellos reco-

[59] "¿Qué es un compromiso", preguntaba Palmiro Togliatti en la sesión del 11 de marzo de 1947, si no la búsqueda de "una unidad", es decir, de un "terreno lo suficientemente sólido como para que se pueda construir sobre él una constitución, es decir, un régimen nuevo, un nuevo Estado, y lo suficientemente amplio como para ir más allá también de lo que pueden ser los acuerdos políticos contingentes de los concretos partidos que constituyen o pueden constituir una mayoría parlamentaria?". Meuccio Ruini expresó la misma idea declarando que entendía "compromiso" en el sentido etimológico de "que varios hacen promesas juntamente, asumen un propósito, estipulan un pacto"; Lelio Basso, que en la constitución veía "el fruto de un esfuerzo de diferentes partidos para encontrar una expresión concorde que represente la expresión de la voluntad de la gran mayoría de los italianos"; Umberto Turpini que al presentar en la sesión del 5 de marzo el trabajo de las subcomisiones declaró que en aquél, pese a las divergencias ideológicas, "nunca ha faltado la voluntad de conciliación y la convicción responsable de que la carta fundamental de un pueblo no puede reflejar el pensamiento intransigente del menor número posible de ciudadanos, unidos por una misma fe, sino el pensamiento del mayor número de aquellos, concordes en una sustancia común de pensamiento y de vida" (citados por Cheli, E., *Il problema storico della Costituente*, *cit.*, pp. 40-42). Piero Calamandrei, por su parte, habló explícitamente de "constitución tripartita, de compromiso" (*Chiarezza nella Costituzione*, Discurso a la Asamblea Constituyente del 4 de marzo de 1947, ahora en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, edición de Bobbio, N., Florencia, La Nuova Italia, 1966, II, p. 22).

[60] Bobbio, N., "Profilo ideologico del Novecento", extraído del volumen Cecchi, E. y Sapegno, N. (dirs.), *Storia della letteratura italiana. Il Novecento*, Milán, Garzanti, 1969, p. 152.

nocibles en el texto constitucional: la valoración, de inspiración cristiana, de la "dignidad" de la persona, de las "formaciones sociales" en las que actúa, primera entre todas ellas, la familia, y de sus "deberes inderogables de solidaridad"; la garantía de matriz liberal, de la libertad individual y de la separación de poderes; la afirmación, finalmente, de origen socialista, de los derechos sociales, de la primacía del trabajo y del proyecto de reducción de las desigualdades materiales que, afirma el apartado segundo del artículo 3o., "impiden el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". El resultado es un modelo de democracia liberal-socialista cuyas líneas maestras son —además de los principios de soberanía popular, de los derechos humanos y la paz— la centralidad del Parlamento, el papel de garantía del presidente de la República y de la Corte Constitucional, el control popular de las leyes mediante referéndum abrogatorio, la plena independencia de la magistratura, incluido el ministerio público, y las autonomías regionales.

La segunda novedad fue la introducción de garantías inequívocas en defensa de la *rigidez* constitucional, mediante la previsión de un procedimiento especial agravado para su modificación y el control de validez de las leyes confiado, junto a la solución de conflictos entre los poderes, a la Corte Constitucional. Como consecuencia de esta innovación, que constituye además la sustancia del constitucionalismo moderno,[61] la Constitución se con-

[61] Justamente, se ha sostenido que la "rigidez" es un carácter "natural" (o estructural) de toda constitución. Se trata de la tesis ampliamente argumentada por A. Pace, "La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte", *Giurisprudenza costituzionale*, 1983, pp. 4085 y ss., y en *Íd.*, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, Padova, 1996, pp. 10 ss. y 75 y ss. Las Constituciones escritas cuentan con una *rigidez natural*, dado que una Constitución flexible, es decir, modificable con los mismos procedimientos previstos para las leyes ordinarias, no es, en realidad, una Constitución, sino una ley ordinaria, se llame como se quiera. Pace sostiene, consiguientemente, que también el Estatuto Albertino del Reino de Italia era en realidad, una Constitución rígida, más aun, rigidísima por inmodificable, y que sólo por "responsabilidad de los políticos y la

figura como un sistema de metarreglas destinadas a todos los poderes públicos, como garantía de los derechos de todos. Reglas no sólo formales, sobre el *quién* y el *cómo* de las decisiones, como las contenidas en la segunda parte sobre representación política y sobre división de poderes, sino también sustanciales sobre *qué* se debe o no decidir, como las de la primera parte sobre derechos de libertad que el Estado no debe violar o sobre derechos sociales que debe satisfacer. Es en este segundo tipo de reglas donde residen las cláusulas del pacto de convivencia, que ninguna mayoría puede violar. Desde este punto de vista, la Constitución supone la culminación del Estado de derecho, al extender el principio de legalidad a todos los poderes, incluido el Legislativo, y, también, un proyecto normativo de Estado y de derecho vinculante para

doctrina" se transformó después subrepticiamente en una Constitución flexible (A. Pace, *La causa*, *cit.*, pp. VII, 13, 42-51); y recuerda la tesis de la rigidez y de la inmodificabilidad del Estatuto, así como de las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830 sostenidas en los primeros decenios de la vida estatutaria por constitucionalistas como Lodovico Casanova (1859) y Alessandro Malgarini (1884) y por el propio James Bryce (1884), al cual se debe la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles (*ibidem.*, pp. 13, 27 y 54, nota 121). Sobre la cuestión, véase también, por último, M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milán, Giuffrè, 1997. En todo caso, lo cierto es que estas tesis sólo se sostienen hoy —una vez que se han introducido el procedimiento especial de revisión constitucional y el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes— y no en 1925, cuando Mussolini desgarró el estatuto albertino con sus leyes fascistísimas sin que ningún jurista lo denunciase como un golpe de Estado, ni tampoco en los años cincuenta, cuando la Casación italiana teorizó la naturaleza programática de los principios y derechos fundamentales. Por ello, bien podemos habar de un "descubrimiento" de la Constitución, producido tan sólo en estos últimos decenios, cuando se ha producido la maduración de su concepción teórica. Es evidente que, según esta concepción, la constitución es por naturaleza —o, mejor, por definición— "rígida", entendiendo, entonces por "Constitución" el conjunto de normas colocadas en el vértice del sistema de fuentes y, por ello, supraordenadas a todas las demás; mientras que las normas sobre el control de constitucionalidad y sobre la revisión constitucional, no son el *significado* de la "rigidez constitucional", sino respectivamente, la *garantía* de la rigidez y la *norma de reconocimiento* del grado de rigidez de una Constitución.

el futuro. Se invierte así el viejo paradigma del Estado soberano que no reconoce en los derechos fundamentales límites externos infranqueables sino sólo autolimitaciones siempre revocables, y con él el principio jacobino de la omnipotencia del legislador y el iuspositivista de la validez puramente formal de las leyes, independientemente de su contenido. La legislación, efectivamente, con base en el nuevo paradigma, no es ya sólo la condición de validez formal del derecho, sino ella misma condicionada, en cuanto a su validez sustancial, por su coherencia con los principios constitucionales.[62]

La tercera innovación, consecuencia de la segunda, es el cambio del paradigma del propio derecho positivo introducido por la Constitución. Se trata de la ruptura de los dos antiguos dogmas de la coherencia y plenitud del ordenamiento que el viejo modelo pandectístico confiaba a la interpretación y reconstrucción sistemática de la ciencia jurídica. La Constitución, de hecho, equivale a un derecho sobre el derecho, que altera la estructura formal del ordenamiento, codificando los principios axiológicos a los que la propia legislación está obligada a uniformarse. Su colocación en el vértice de las fuentes como conjunto de normas de cuya observancia depende la validez de todas las otras introduce así, en el sistema normativo, un factor permanente de virtual invalidez: ya que cualquier ley, aunque formalmente vigente, siempre es susceptible de invalidación cuando su significado se estime en contradicción con la Constitución. Se comprende fácilmente el carácter explosivo de una modificación de esta naturale-

[62] Sobre el paradigma constitucional y garantista, me permito remitir a mi *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 347-368 y cap. XIII y XIV; "Il diritto come sistema di garanzie", *Ragion pratica*, año I, núm. 1, 1993, pp. 143-161; "Democrazia e Costituzione", *ibidem*, num. 3, 1993, pp. 227-244; "Note critiche ed autocritiche intorno a la discussione su «Diritto e ragione»", en Gianformaggio, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Turín, Giapichelli, 1993, pp. 460-477; *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisis dello Stato nazionale*, 2a. edición, Roma-Bari, Laterza, 1997; "Diritti fondamentali", *Teoria politica*, 1998, núm. 2.

za respecto a la vieja cultura iuspublicista, a la que negaba el postulado metateórico expresado en la presunción apriorística de legitimidad del derecho vigente.[63] Fue el viejo Orlando el que enunció, ante la Asamblea Constituyente, la antigua resistencia del pensamiento jurídico liberal a entender el sentido y alcance del constitucionalismo, proponiendo que los principios y derechos relativos a las "relaciones ético-sociales", de la familia a la educación, quedaran relegados en el texto constitucional a una suerte de preámbulo político.[64] Naturalmente, las reservas de Orlando fueron respetuosamente ignoradas por los juristas de la nueva generación, que era justamente en los límites y vínculos impuestos a la legislación en los que identificaban el papel de la Constitución.

Aunque derrotada en la Constituyente, la vieja cultura jurídica se dispuso, sin embargo, a una reconquista en los años siguientes. No estaba preparada para el alcance de tales innovaciones, que, en principio, tardó en comprender y frente a los cuales se resistirá más tarde con tenacidad. Todavía durante muchos años —excepción hecha de Constantino Mortati, Vezio Crisafulli y Piero Calamandrei, que reivindicaron el carácter inmediatamente vincu-

[63] Sobre el peso de esta "presunción de regularidad de los actos del poder" sobre el tradicional paradigma del positivismo jurídico, *cfr.* Gianformaggio, L., "Diritto e ragione tra essere e dover essere", en Gianformaggio, L. (ed.), *Le ragioni del garantismo*, *cit.*, pp. 28-34.

[64] En el discurso del 23 de abril de 1946 a la *Assamblea Costituente. Discussione generale sui rapporti etico-sociali*, vol. III, p. 3239, citado por Maurizio Fioravanti, que recuerda el conflicto en esa misma sesión entre Orlando y Mortati en el que se expresa "de la mejor manera posible el choque, en la interpretación del papel y de los poderes de la Constituyente, entre la vieja doctrina del Estado persona y la nueva doctrina de la constitución" (*Costituzione*, *cit.*, pp. 70 y 71). Véase, también, Orlando, V. E. "Sul progetto di costituzione e sui patti Lateranensi. (Seduta del 10 marzo 1947)", en Orlando, V. E., *Scritti giuridici varii*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 67, donde se expresa una con todo cauta desconfianza frente a un órgano censor de las leyes como la Corte Constitucional. Por otra parte, también Togliatti habló, a propósito de la Corte Constitucional, de una "extravagancia" (citado por Cheli, E., *Il problema storico della costituente*, *cit.*, p. 51).

lante de los principios de la carta y se entregaron a la batalla por su actuación en todos los sectores del derecho— la iuspublicística dominante continuó, sin embargo, fiel a la vieja doctrina del Estado-persona como figura abstracta e hipostasiada, repropuesta por Romano y Orlando en sus manuales repetidamente reeditados en la posguerra. Y se reforzó una vez más la vieja tesis de la continuidad del Estado-persona. Se trataba, como siempre, de la estrategia de contención de la dimensión política inaugurada en la etapa liberal frente a la legislación, experimentada después en función garantista frente al fascismo y ahora destinada a congelar las normas constitucionales que se tratan de relegar al cielo de los principios.

Más ausente incluso se manifiesta la Constitución del horizonte axiológico de las otras disciplinas jurídicas, concordes en que aquélla no se refiere a la administración ni a la jurisdicción, y menos aun a las relaciones privadas, sino sólo, como una suerte de preámbulo, a la legislación. La principal preocupación de los civilistas fue la de afirmar el carácter "técnico" del código, depurado tan solo de las remisiones a las normas corporativas, y la de insertarlo en el surco de la tradición, reconociendo como máximo un espíritu de socialidad más moderno.[65] Lo mismo cabe decir de los penalistas que continuaron en su mayoría fieles al enfoque técnico-jurídico en cuyo nombre relegitimaron, como producto suyo, al código de Rocco apenas enmendado de sus referencias fascistas. Al menos hasta los años sesenta, el tecnicismo jurídico se reconfirma, en resumen, como el hábito "científico" del juris-

[65] Ferri, G., "Del codice civile, della codificazione e di altri cose meno commendevoli", *Foro Italiano*, 1944-46, IV, cc 34 y ss.; Santoro Passarelli, F., "La riforma dei codici", *Diritto e giurisprudenza*, 1945, pp. 34 y ss.; Calamandrei, P., "Sulla riforma dei codici" (1945), en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, *cit.*, I, t. I, pp. 86-99, donde se presentan los cuatro códigos más como "la reelaboración, o tan sólo el retoque de concepciones políticas y de ordenaciones científicas anteriores al fascismo", más que, como pretendía el fascismo, como "expresión de una revolución política" (*ibidem*, p. 91). Acerca del debate sobre la reforma de los códigos posterior a la Liberación, *cfr.* Salvi, C., *La giusprivatistica*, *cit.*, pp. 259 y ss.

ta, gracias al cual el Estado y el derecho pueden quedar todavía sustraídos a la política, que se asocia ahora a la Constitución, y la ciencia jurídica puede celebrar, autorreferencialmente, su propia continuidad.

Incluso la filosofía jurídica y la naciente teoría general del derecho, parecen ignorar la Constitución y el constitucionalismo. Valga como prueba que la propia revuelta contra el iuspositivismo, expresada en los primeros años cincuenta por cuantos le achacaban haber convalidado —o, al menos, no frenado— los horrores del nazismo, no encontró nada mejor que proponer la antigua senda hacia un improbable "retorno al derecho natural":[66] sin ni siquiera advertir el fenómeno apenas acaecido de la incorporación a las Constituciones y, en el nivel internacional de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de principios de paz y de derechos fundamentales que, una vez positivizados, transferían al propio cuerpo del derecho positivo el viejo conflicto entre justicia y legalidad. Por lo demás, ni siquiera la teoría general de impostación normativista y iuspositivista, entonces introducida en su versión kelseniana por Norberto Bobbio, tematizó la nueva complejidad estructural que le llegaba al iuspositivismo por la implantación del constitucionalismo. Todavía en 1966, en una mesa redonda sobre positivismo jurídico,[67] Bobbio defendía su carácter "científico" en cuanto enfocada únicamente al "derecho

[66] Sobre el "retorno al derecho natural", auspiciado fundamentalmente por los juristas católicos (*cfr.*, por todos, el jesuita Lener, S., "La certeza del diritto, il diritto naturale e il magisterio della Chiesa", en el volumen colectivo *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padua, Cedam, 1950, vol. I, pp. 345-387, y las actas del congreso recogidas en el volumen *Diritto naturale vigente*, Roma, Studium, 1951), véanse las ajustadas observaciones críticas de Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 21 ss. y *passim*.

[67] Intervención en la *Tavola rotonda sul positivismo giuridico (Pavia, 2 maggio 1966)*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 69 y ss. Véase también, sobre la crisis epistemológica del iuspositivismo analítico italiano, suscitada en aquella discusión, el segundo capítulo de "La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive", en Ferrajoli, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

que es" y no "al derecho que debería ser", de competencia exclusiva del iusnaturalismo, como consecuencia de la identificación kelseniana entre validez y existencia de las normas: sin tener presente que el "derecho que debe ser" es también, y antes que nada, el "derecho que es" diseñado en la Constitución, respecto al cual el "derecho que es" en la legislación ordinaria puede ser perfectamente inválido en la medida en que lo contradiga.

La idea de la continuidad del Estado como alternativa a la refundación constitucional prevalece por otra parte, más que en el nivel teórico, en el plano político e institucional. La Asamblea Constituyente representaba el último momento de unidad antifascista. Ahora bien, en 1948, cuando se aprobó la Constitución, aquella unidad había desaparecido, junto con el espíritu de pacto superviviente tan solo en los salones de la Asamblea. Con la victoria indiscutible de la Democracia Cristiana en las elecciones de 1948 y el clima de enfrentamiento político y social instaurado en el país, la Constitución perdió de esta forma, desde el comienzo, actualidad. Durante largos años quedó hibernada por lo que Calamandrei denominó el "obstruccionismo de mayoría",[68] expresado en la postergación de la puesta en práctica de sus instituciones más innovadoras y garantistas: la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura —creados una en 1956 y el otro en 1958—, el referéndum **abrogatiorio** y las Regiones, introducidos sólo en 1970.

Aun más concretamente, por otra parte, la continuidad del Estado venía asegurada por la restauración casi integral de las viejas estructuras: por la confirmación de todo el viejo personal administrativo y judicial, el mantenimiento del viejo aparato burocrático, la conservación de la totalidad del sistema legislativo, empezando por los códigos, heredado del fascismo.[69] En parti-

[68] Calamandrei, P., "L'ostruzionismo di maggioranza", *Il Ponte*, IX, 1953, núm. 2, pp. 129-136; num. 3, pp. 274-281, núm. 4, pp. 433-450, ahora en Calamandrei, P., *Scritti e discorsi politici*, *cit.*, I, t. I, pp. 546-595.

[69] *Cfr.* Pavone, C., "La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini" (1974) y "Ancora sulla continuità dello Stato" (1982), *Alle origini della Repubbli-*

cular, la magistratura a cuya cúpula había llegado la generación formada durante el ventenio fascista, permaneció durante mucho tiempo como un cuerpo cerrado, separado de la sociedad y cimentado en la vieja ideología paleopositivista de la naturaleza puramente técnica y avalorativa de la jurisdicción: una ideología reforzada por (y que, al mismo tiempo, reforzaba a) la organización jerárquica del orden judicial, fundada sobre el poder de los jefes de departamento y del ministro de justicia, sobre la carrera judicial, sobre selección por "mérito" de los jueces con base en su grado de conformismo con las orientaciones de la casación y, por ello, sobre una independencia externa e interna más nominal que real.

Se explica así el vaciamiento de la Constitución operado por la magistratura de los años cincuenta: las normas constitucionales eran percibidas como un cuerpo extraño frente al viejo ordenamiento y neutralizadas mediante la jurisprudencia de la casa-

ca: scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato, Turín, Bollati-Boringhieri, 1995. De una "espantosa carencia constitucional" en los primeros años de la posguerra, habla Balladore Pallieri, G., "La costituzione italiana nel decorso quinquennio", *Foro Padano*, núm. 2, febrero, 1954. Pero, véanse, sobre todo, sobre la "constitución inactuada" y sobre el "espíritu de postergación" como "pecado original" de la Constitución de 1948, las amargas páginas, aún actuales, de P. Calamandrei, *La costituzione e le leggi per attuarla* (1955), en *Scritti e discorsi politici*, *cit.*, II, pp. 477-478: "La asamblea constituyente, en el breve plazo de sus trabajos, apenas tuvo tiempo de perfeccionar la construcción de los órganos supremos (órganos legislativos y gobierno) que resultaban necesarios para transmitir legalmente al legislador ordinario la continuación del trabajo. Pero, en todo lo demás, dejó provisionalmente en vigor toda la legislación precedente [...] Se creó así un curioso ordenamiento constitucional, de estilo podríamos decir compuesto, lleno de contradicciones y de antinomias, en el que convivían, con las nuevas normas dictadas por la Constituyente, normas no sólo de diferente edad, sino de diferente inspiración política: algunas (más aun, todo un *corpus* codificado) pertenecientes a la dictadura fascista; otras que se remontaban al momento de la monarquía prefascistas: un alubión de material legislativo de proveniencia diversa que podía tolerarse provisionalmente tan sólo porque venía impuesto por las necesidades prácticas del momento, pero que demandaba del nuevo parlamento, como tarea urgente, una revisión general de toda la legislación que había quedado provisionalmente en pie, para hacerla homogénea, y armónica con la letra y con el espíritu de la Constitución".

ción, como "normas programáticas" o "de eficacia diferida" a un futuro lejano.[70] Pero se explica también, con esta supresión de la Constitución del espíritu público, la naturaleza del Estado social asistencial edificado en los años de la República. Será el resultado del desarrollo del viejo Estado corporativo producido, sin ninguna proyección reformadora, totalmente fuera del marco constitucional, mediante la introducción no ya de las adecuadas garantías en defensa de los nuevos derechos sociales, sino como simple ensanchamiento de los espacios de discrecionalidad política y burocrática. La reconstrucción de la posguerra, en resumen, no es una reconstrucción jurídica de los aparatos y de la legalidad administrativa como desarrollo del diseño constitucional. Y en esta fallida reconstrucción residirá la causa primera de la degeneración futura y del desarrollo del ilegalismo de los poderes públicos que conducirán a la crisis del sistema político en los años noventa.

[70] Sobre la distinción entre normas constitucionales en "normas preceptivas de aplicación inmediata", "normas preceptivas de aplicación diferida" y "normas meramente programáticas" o "directivas", véase nuevamente Calamandrei, P., *La costituzione e le leggi per attuarla*, *cit.*, pp. 473 y 483-486, que cita la sentencia de las *Sezioni Uniti Penali* del 7 de febrero de 1948 y la decisión del 26 de mayo de 1948 de la sección V del Consejo de Estado que formularon por primera vez esta tripartición, rápidamente acogida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y la sentencia de las *Sezioni Uniti della Cassazioni* del 17 de febrero de 1954 en la que se afirma la "función meramente «solicitatoria» y no «perentoria»" de las propias normas transitorias sobre los plazos en los que deberían haber sido instituidos los nuevos órganos constitucionales.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Capítulo quinto

LA CRISIS DEL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA DEL DERECHO EN LOS AÑOS SESENTA Y SETENTA

La congelación de la Constitución, en la cual se coaligaron la ciencia jurídica, la jurisprudencia y la política, permitió a la cultura jurídica mantener y reproducir, todavía durante los años cincuenta, el viejo paradigma de la neutralidad del derecho, de la continuidad y apoliticidad del Estado y de la cientificidad y avalorativiidad de la doctrina jurídica. Fue durante los años sesenta cuando estos tres paradigmas entraron simultáneamente en crisis, una crisis irreversible y todavía abierta. La crisis fue provocada por una multiplicidad de factores, tanto externos como internos a la cultura jurídica.

Los años sesenta son los años del giro reformista del centro-izquierda, del desarrollo de fuertes movimientos de lucha que desembocarán en la revuelta de los sesenta y, al tiempo, de la renovación y de la desprovincianización de la cultura italiana tras el aislamiento idealista e historicista en que había quedado por el proteccionismo cultura de Benedetto Croce y de Giovanni Gentile. Se importan a Italia —gracias a un trabajo intenso de traducciones y puestas al día realizada desde los comienzos de la posguerra por Norberto Bobbio, Ludovico Geymonat, Nicola Abbagnano, Galvano Della Volpe, Giulio Preti y Enzo Paci— los marxismos heterodoxos (empezando por el del joven Marx), el existencialismo, la fenomenología, la filosofía analítica, la filosofía de la ciencia, el neopositivismo lógico, el neoempirismo y el pragmatismo, además de disciplinas completas hasta el momento casi ignoradas,

como la lógica, la metodología de las ciencias empíricas, la antropología, la sociología y el psicoanálisis.[71]

La ciencia jurídica se ve afectada de lleno por esta renovación, junto con su agotado paradigma de la autonomía del derecho. En primer lugar, el desarrollo de disciplinas en competencia como la politología y la sociología la destronaría como ciencia de sociedad y de las instituciones. El jurista, cada vez menos protegido por su tradicional aislamiento cultural, pierde el monopolio de la producción de imágenes y saberes sobre el derecho y el Estado. En segundo lugar, el problema central de los nuevos estudios de teoría y filosofía analítica del derecho se convierte, en estos mismos años, en el problema del método jurídico y, por ello, de la propia ciencia jurídica, es decir, aquello que el jurista y los jueces hacen y aquello que deberían hacer. Temas privilegiados de reflexión y discusión serán el análisis de los conceptos jurídicos y de su método de formación; el estatuto epistemológico de las construcciones de los juristas y la elección de valores que en ella intervienen; el análisis del lenguaje legal en su dimensión semántica y pragmática, los métodos de interpretación y de argumentación jurídica y sus insuprimibles espacios de discrecionalidad valorativa.

El papel más relevante en esta revisión metodológica de la ciencia jurídica lo desarrolla, indudablemente, Norberto Bobbio, que no sólo es el estudioso que más que ningún otro promueve en la posguerra la modernización de la cultura italiana, sino que él mismo es un filósofo del derecho que impulsa, desde 1950, por un lado, la renovación en sentido kelseniano de la teoría general del derecho y, por otro, junto a Uberto Scarpelli, los estudios de filosofía analítica, de lógica, de metodología de la ciencia y de análisis del lenguaje jurídico.[72] Se desarrolla, en su

[71] Sobre este "rapidísimo curso de actualización" al que los intelectuales italianos fueron sometidos por la ruptura de las "barreras del nacionalismo cultural", *cfr.* Bobbio, N., *Profilo ideologico del Novecento*, *cit.*, pp. 154 y ss.

[72] La obra de Bobbio como teórico del derecho —desde el clásico ensayo de 1950, "Scienza del diritto e analisi del linguagio", ahora en Scarpelli, U. (ed.),

escuela, un nuevo enfoque: la filosofía jurídica analítica que, al contrario que los viejos enfoques metafísicos y iusnaturalistas, se propone como meta ciencia del derecho positivo: es decir, como teoría del método de la ciencia jurídica, como análisis del lenguaje legal como su lenguaje objeto y del propio metalenguaje de los juristas, como teoría de la argumentación jurídica en la doctrina y en la aplicación de la ley. Por otro lado, también la concepción del derecho como lenguaje interpretado por los juristas y empleado en la práctica jurídica reclama atención para la dimensión pragmática de su eficacia, favoreciendo —impulsado por el propio Bobbio y Renato Treves— el desarrollo de la sociología del derecho. Por primera vez, se someten así a análisis las ideologías que están detrás de las doctrinas jurídicas, el papel social de los juristas, los condicionamientos externos de las profesiones jurí-

Diritto e analisi del linguagio, Milán, Edizioni di Comunità, 1976, que actúa en cierto sentido de manifiesto programático del nuevo enfoque analítico— es inmensa. Véanse las bibliografías de Borsellino, P., *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934-1982*, Milán, Giuffrè, 1983; Violi, C., *Norberto Bobbio. A Bibliography*, Milán, Giuffrè, 1984; Violi, C., *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio. 1934-1993*, Roma-Bari, Laterza, 1995. Véase también Guastini, R., "Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960" *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1978, VIII/1, pp. 293-356; Guastini, R., "Norberto Bobbio: teorico del diritto. (II) 1961-1965", *ibídem* IX/2, 1979, pp. 523-544; Guastini, R., "Norberto Bobbio: teorico del diritto. (III) 1966-1980", *ibidem*, X/2, 1980, pp. 483-508; Ruiz Miguel, A., *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; Greppi, A., *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Barcelona, Marcial Pons, 1998. *Cfr*: también mi "Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto, 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 1-9. Sobre la filosofía del derecho italiana de orientación analítica, véanse, además de "La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive", en Ferrajoli, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari Laterza, 1999, Pattaro, E., *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisis* (1972), ahora en Scarpelli, U. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, *cit.*, pp. 451-487; Jori, M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisis*, Milán, Giuffrè, 1987; Barberis, M., *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1993, cap. VII.

dicas y, en conjunto, el funcionamiento de la magistratura, las opciones políticas y culturales expresadas por la jurisprudencia, los planteamientos de los jueces, sus estilos argumentativos y su ideología de clase.[73] A ello hay que añadir el desarrollo, gracias a Paolo Grossi y, más tarde, a Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Maurizio Fioravanti y Aldo Mazzacane y también de numerosos juristas positivistas, de una historiografía jurídica no sólo medievalista y anticuaria, sino del derecho moderno y contemporáneo, verdadero autoanálisis de la ciencia jurídica.[74]

[73] Baste recordar la recopilación de Laterza de los años sesenta en la que se publicaron, bajo la dirección de Renato Treves, once volúmenes sobre "L'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione" y la de Comunità de los años setenta, "Diritto e cultura moderna", que reúne contribuciones de filosofía jurídica analítica, de teoría jurídica y de sociología del derecho. Debe recordarse, además, el nacimiento, en 1974, de la revista *Sociologia del diritto* y el debate sobre la disciplina desarrollado en sus dos primeros números, con participación de Renato Treves, Norberto Bobbio, Vittorio Frosini, Franco Leonardi, Uberto Scarpelli, Vicenzo Tomeo, Tiziano Treu, Nicolò Lipari, Giovanni Tarello, Alessandro Baratta y Gian Domenico Pisapia. El debate se encuentra ahora en Resta, E. (ed.), *Diritto e trasformazione sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1978, parte V (véanse también las pp. 37-40). Véase además el debate sobre "La enseñanza de la sociología del derecho en Italia", *Sociologia del diritto*, 1976, núm. 2. Sobre el desarrollo de la sociología jurídica italiana, *cfr.* Treves, R., *Introduzione alla sociologia del diritto* (1977), 2a. ed., Turín, Einaudi, 1980; Treves, R., *La sociologia del diritto in Italia oggi*, Nápoles, Guida, 1982; Ferrari, V., "Riflessioni sulla sociologia del diritto in Italia", *Sociologia del diritto*, 1983, 3, pp. 7.20; Ferrari, V., *Lineamenti di sociologia del diritto. I, Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, cap. II; Pitch, T., "Sociology of Law in Italy", *Journal of Law and Society*, 1983, X, 1, pp. 119-134; Febbrajo, A., "Per una sociologia del diritto critica", en Scarpelli, U. y Tomeo, V., (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di Renato Treves*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 225-259; Pocar, V., "Sociology of Law in Italy", en Ferrari, V. (ed.), *Developing Sociology of Law. A World-Wide Documentary Enquiry*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 425-472, con amplia bibliografía.

[74] Véanse los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, publicados anualmente desde 1972 bajo la dirección de Paolo Grossi y la correspondiente recopilación monográfica. Si bien, el fenómeno más novedoso e interesante, en cuanto síntoma de una inquietud metodológico y de una exigencia de revisión crítica de los paradigmas recibidos de la tradición, lo

Los viejos paradigmas pandectísticos de la autonomía del derecho y del papel sistematizador de la ciencia jurídica entran, por otro lado, en crisis también dentro de cada disciplina positiva. Se pierde progresivamente, con la inflación de la legislación especial, la centralidad de los códigos y la unidad del sistema, hasta el punto de que Natalio Irti podrá titular su célebre ensayo *La edad de la descodificación*: primero, en el derecho civil, mediante la progresiva sustracción a la disciplina y a la jurisdicción ordinaria de subsistemas de intereses completos, de clases y grupos, además de relaciones macroeconómicas y de prácticas contractuales internacionales,[75] después, desde la mitad de los años setenta, hasta en el derecho penal, donde se desarrolla una legislación inflacionista y se van afianzando, contra el terrorismo y la crimi-

constituye sin duda la vocación historiográfica de los juristas positivistas desde los años sesenta. Cabe recordar, entre las investigaciones históricas, realizadas por juristas en sus campos disciplinares, las de Massimo Severo Giannini y Sabino Cassese en el derecho administrativo, la de Guido Neppi Modona sobre las cárceles y la magistratura, la de Stefano Rodotà sobre la propiedad privada, la de Natarlino Irti y Cesare Salvi sobre metodología de las disciplinas privatistas, la de Francesco Galgano en derecho mercantil, la de Umberto Romagnoli en derecho sindical, la de Michele Taruffo, Nicola Picardi y Francesco Cipriani sobre la justicia civil, la de Franco Cordero y Massimo Nobili sobre el proceso penal, la de Enzo Cheli, Mario Dogliani y Umberto Allegretti en derecho constitucional; si contar con las cuidadosas reconstrucciones analíticas de diferentes dispositivos institucionales y culturales que, cada vez con mayor frecuencia, aparecen insertas en estudios de carácter dogmático. Por otra parte, también dentro de la disciplina madre de la historiografía jurídica —la romanista— se produce una profunda renovación metodológica, abandonando definitivamente el viejo enfoque pandectístico y "actualizante" del estudio del derecho romano y se orienta, gracias a estudiosos como Ricardo Orestano, Giovanni Pugliese, Luigi Labruna, Mario Bretone, Eva Cantarella y Aldo Schiavone, hacia la investigación sobre los desarrollos jurisprudenciales de la experiencia jurídica, así como a sus nexos con la economía, con los modos de producción y con la vida social y política en las diferentes épocas de la historia romana.

[75] Irti, N., "L'età della decodificazione", *Diritto e società*, 1978, pp. 613 y ss., reproducido en le volumen del mismo título de Milán, Giuffrè, 1986; Galgano, F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bolonia, Il Mulino, 1993; Bonell, M.J., *Le regole oggetive del commercio internazionale*, Milán, Giuffrè, 1976.

nalidad organizada, modelos diferenciados de proceso penal y de tratamiento carcelario. Y se pierde, con la centralidad de los códigos, la de las categorías y las instituciones básicas —desde la de la propiedad privada al negocio jurídico, del nexo entre delito y pena a la contradicción en el proceso penal— sobre cuyo alcance general y sobre cuya capacidad de unificación se había soportado la idea de derecho como sistema.

Ahora bien, seguramente, el fenómeno más desconcertante para la cultura jurídica de los años sesenta y setenta es el "descubrimiento" de la Constitución,[76] de la que se comienzan a tomar en serio las innovaciones introducidas en el propio paradigma del derecho positivo. Justamente por su ajenidad al viejo ordenamiento y por su colocación en el vértice de las fuentes, la Constitución rompe, de hecho, la unidad, la coherencia y la plenitud del sistema jurídico, que constituían los dogmas metateóricos del viejo iuspositivismo. En 1956 se instituyó la Corte Constitucional que desde sus primeras sentencias archivó la vieja tesis del carácter no inmediatamente aplicable de las normas constitucionales y produjo una primera mejora en materia de leyes de seguridad pública y de derecho penal. Entraba de esta forma en crisis, con el juicio constitucional de invalidez de la leyes, la presunción de legitimidad de todo el derecho positivo y la neutralización política del derecho conseguida por el viejo iuspositivismo jurídico: el derecho ya no es un sistema orgánico de dogmas sancionados por el código y confiados a la custodia de los juristas, sino un sistema artificial e imperfecto de normas heterogéneas, de cada una de las cuales está siempre en cuestión su legitimidad constitucional respecto a los valores políticos incorporados como principios de justicia en la Constitución. El viejo paradigma científico de la dogmática jurídica y de la autonomía del derecho, que en el siglo pasado había soportado el impacto de la codificación, no pudo, en definitiva, con el de la Constitución que, justamente por sus exigentes parámetros axiológicos de validez se coloca en perma-

[76] *Cfr.* Pizzorusso, A., "Il disgelo costituzionale", *Storia dell'Italia Repubblicana*, vol. II/2, Turín, Einaudi, 1995, pp. 115-150.

nente tensión y en virtual antinomia con todo el derecho vigente. Minado en el plano metodológico y fenomenológico desde el punto de vista externo inducido por los estudios de análisis del lenguaje y de sociología del derecho, este paradigma autorreferencial queda, ahora, abiertamente excluido, incluso desde el punto de vista impuesto por la Constitución, que es, al mismo tiempo, interno al derecho, como su criterio normativo de unificación y de invalidación, y también irreductiblemente externo en cuanto que su fundamento axiológico y ético-político.

Se forma así, a partir de esta crisis de los viejos modelos, una generación de nuevos juristas, que comparte una reformulación general en clave constitucional de los métodos, categorías y problemas de la ciencia jurídica, y una apertura programática a las temáticas del conflicto social. La renovación resulta tanto más significativa en cuanto que se inicia en la disciplina hegemónica, la civilista, donde Stefano Rodotà, acaso el jurista más representativo de la nueva fase, Pietro Rescigno, Francesco Galgano, Pietro Barcellona, Pietro Perlingieri y Guido Alpa, impulsarán la "adecuación permanente de las normas a los principios" constitucionales[77] y, al tiempo, la revisión de las tradicionales categorías civilistas —desde la propiedad al contrato, desde la responsabilidad civil a la empresa— en sintonía con las transformaciones acaecidas en la sociedad y en la economía. Análogamente, impulsado inicialmente por Ugo Natoli y, después, por Gino Giugni, Federico Mancini, Umberto Romagnoli y Giorgio Ghezzi, se produce el rediseño a la luz de la Constitución de todo el derecho del trabajo, concentrado ya no sólo en la relación contractual sino en los derechos de los trabajadores, en sus garantías y en su autonomía colectiva en los convenios sindicales. Lo mismo cabe decir de los estudios procesales, orientados por Andrea Protopisani, Michele Taruffo y, en procesal penal, por Franco Cordero, Massimo Nobili y Paolo Ferrua, al estudio de las formas de tutela

[77] Rodotà, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milán, 1969, p. 124. Debe recordarse, en particular, Natoli, U., "Sul «ruolo» del giurista nel mondo contemporaneo", *Democrazia e diritto*, 1960, pp. 5 y ss.

de los derechos fundamentales y de los intereses de los débiles, al análisis de los medios de prueba y la motivación, y a la crítica corrosiva del proceso inquisitorial.

Más tardía, paradójicamente, será la renovación de los estudios constitucionales, que se producirá en los años setenta y ochenta por parte de estudiosos como Alessandro Pizzorusso, Gustavo Zagrebelsky, Ugo Rescigno, Gianni Ferrara y Mario Dogliani. En derecho administrativo, por su parte, se puede hablar de una refundación de la disciplina a la altura de la creciente complejidad de la esfera pública, promovida desde los años cincuenta, por Massimo Severo Giannini y, después, por Sabino Cacéese, que archivan el viejo paradigma estatocéntrico orlandiano, repropuesto nuevamente hasta los años cincuenta por Guido Zanobini, y dirigen su investigación, con base en un análisis histórico, sociológico y comparativo, a la génesis de las instituciones, al funcionamiento concreto de los aparatos, y a la convivencia e interacción de la dimensión autoritaria y de la privatista del derecho administrativo. En cuanto a las disciplinas penales, sigue prevaleciendo, a la sombra de una duradera subalternidad cultural a la doctrina alemana, el viejo enfoque técnico-jurídico, acríticamente contemplativo del derecho penal vigente, impulsado como consecuencia de una ininterrumpida legislación especial y de emergencia, en una crisis inflacionaria que mina tanto su eficacia como su legitimidad constitucional. Pero tampoco aquí el descubrimiento de la Constitución dejará de traer consecuencias: especialmente gracias a Franco Bricola y a su escuela, se produce de un lado una revisión en clave constitucional de la teoría del delito y de los bienes jurídicos y, de otro, gracias al encuentro con la sociología de la desviación promovida en esos mismos años por Alessandro Baratta, un regreso a la antigua penalística civil como crítica del derecho penal vigente y de sus funciones de control social.

Se debilitan, en suma, gracias a la afirmación de los nuevos puntos de vista externos —el axiológico-constitucional como parámetro de validez y el sociológico-fáctico como parámetro de eficacia— tanto la autonomía del derecho como universo separa-

do de la política, como la autonomía de la cultura jurídica de las otras ciencias sociales. Testimonio de lo cual ofrecen las numerosas revistas fundadas en aquellos años, que ya desde el título expresan este programa de revisión epistemológica y de superación de la separación entre derecho, política y sociedad: *Politica del diritto*, *Democrazia e diritto*, *Quale giustizia*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, *Diritto e società*, *Critica del diritto*, *Sociologia del diritto*, *La questione criminale*, *Dei delitti e delle pene*. Se trata de revistas jurídicas por primera vez no destinadas únicamente a juristas, sino a un público más amplio, con las cuales se pretende abiertamente la integración entre enfoque jurídico y enfoque histórico, sociológico y económico y se privilegia la indagación empírica sobre la reflexión teórica y dogmática y se afrontan temas nuevos, como los de las condiciones de trabajo en las fábricas, la tutela de los consumidores, la criminalidad de cuello blanco, el estado de las cárceles, los condicionamientos políticos de la jurisdicción, y, más tarde, la informática, la bioética y la defensa del entorno. El papel político del jurista, tradicionalmente oculto tras la pantalla de la neutralidad científica, se explicita de esta forma a través de su participación en esta fase, siquiera sea breve, del reformismo italiano de los primeros años setenta: la institución de las Regiones y del referéndum abrogatorio, el estatuto de los trabajadores y el nuevo proceso laboral, la introducción del divorcio y la legalización del aborto, el nuevo derecho de familia, y la reforma penitenciaria y la de los psiquiátricos.

Aún más radical resulta la renovación producida en aquellos años en la magistratura por el descubrimiento de la Constitución y, por otro lado, por la conquista de la independencia, tanto externa como interna, tras la institución del Consejo Superior de la Magistratura en 1958 y, más tarde, de pequeñas pero decisivas reformas: como la supresión en 1962 de los filtros políticos de la información policial en el reclutamiento de los magistrados y la derogación en 1966 de su carrera interna. La Associazione Nazionale Magistrati sospechosa de fascismo y reconstituida

tras la Liberación, se convierte a mediados de los años sesenta en la sede de un intenso debate sobre el papel del juez y sobre los fundamentos constitucionales de la jurisdicción[78] que termina por romper la tradicional unidad del orden judicial. El fenómeno indudablemente más significativo es, en estos años, el nacimiento de una *Magistratura Democrática*, es decir, una asociación de jueces, que rechaza abiertamente la vieja ideología de clase de la avaloratividad de la aplicación de la ley y la rígida separación de castas del cuerpo judicial de la sociedad que, de hecho, se resolvía, en su gravitación política y cultura sobre la órbita del poder. De esta ideología que era, pues, reflejo del viejo mito de la tecnicidad y autonomía del derecho, los magistrados democráti-

[78] Merece citarse la moción aprobada por el XII Congreso de la Asociación Nacional de Magistrados Italianos, celebrado en Gardone, del 25 al 28 de septiembre de 1965 sobre el tema "Función judicial y dirección política en la Constitución": "El Congreso *manifiesta* que el problema de la dirección política en el ámbito de la función judicial no se plantea, obviamente, en términos de dirección política contingente, que corresponde a las fuerzas políticas, titulares de la función legislativa y ejecutiva, sino en términos de tutela de la dirección político-constitucional, en cuanto que la Constitución ha codificado determinadas opciones políticas fundamentales, imponiéndolas a todos los poderes del Estado, incluido el judicial y atribuyendo a este último, además de al jefe del Estado y a la Corte Constitucional, la función de garantizar su respeto; *subraya* que la recta conciencia de estos principios es necesaria para el juez para una cada vez más completa actuación de la Constitución; *afirma* que corresponde, por tanto, al juez, en posición de imparcialidad e independencia frente a toda organización política y centro de poder: 1) aplicar directamente las normas de la Constitución, cuando ello sea técnicamente posible en relación con el hecho concreto controvertido; 2) reenviar al examen de la Corte Constitucional, incluso de oficio, las leyes que no puedan ser reconducidas, por vía interpretativa, al dictado constitucional; 3) interpretar todas las leyes de conformidad con los principios contenidos en la Constitución, que representan los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal. Se declara decididamente contraria a la concepción que pretende reducir la interpretación a una actividad puramente formalista, indiferente al contenido y a la incidencia concreta de la norma sobre la vida del país. El juez, por el contrario, debe ser consciente del alcance político-constitucional de su propia función de garantía, para garantizar, dentro de los *infra*nqueables confines de su *subordinación a la ley*, una aplicación de la norma conforme a la finalidad fundamental querida por la Constitución".

cos contestaron vivamente sus dos presupuestos principales: una errónea teoría de la interpretación, que ignoraba las enseñanzas de Kelsen y de la filosofía analítica sobre el carácter inevitablemente discrecional de las opciones interpretativas y, por tanto, de las opciones ético-políticas que implicaba, y una errónea teoría de las fuentes que, igualmente, ignoraba la separación provocada en el ordenamiento por el virtual conflicto entre la Constitución y el viejo sistema legislativo todavía prevalentemente fascista. Y denunciaron, con un radicalismo mucho mayor del existente en el campo académico, los vicios ideológicos de la cultura hasta entonces dominantes en la magistratura: la presunción de coherencia y de plenitud, el mito de la certeza del derecho, la idea de la aplicación de la ley como operación técnica y mecánica, la desconfianza hacia la Constitución como programa "político" u ornamento ideológico, la solidaridad corporativa, la organización jerárquica del orden judicial fundado en la unidad y univocidad de las direcciones jurisprudenciales custodiadas y promovidas por la Corte de Casación.[79]

Los resultados de este replanteamiento de la jurisdicción —como momento tercero e imparcial pero no avalorativo, independiente pese e incluso a causa del carácter discrecional de las opciones interpretativas, empezando por la valoración de la constitucionalidad de las leyes— fueron, esencialmente, dos. En primer lugar, el desarrollo de una jurisprudencia que entonces

[79] *Cfr.* el fascículo de *Il Ponte*, del 31 de julio de 1988, "La magistratura in Italia", integrado por artículos de exponentes de *Magistratura Democratica*. Sobre el clima cultural de los años sesenta y setenta en el que nace la experiencia del grupo, *Cfr.* Costa, P., "L'alternativa «presa sul serio»: manifesti giuridici degli anni settanta", *Democrazia e diritto*, 1987, núm. 3, pp. 15-56. Véase también Barcellona, P. y Coturri, G., *Stato e giuristi tra crisis e riforma*, Bari, De Donato, 1974; Coturri, G. "Alle origini di Magistratura Democratica", *Politica del diritto*, 1975, núm. 5-6, pp. 685-700; Coturri, G., "Diritto, giudici, sistema politico e giustizia", en Cotturri, G. y Ramat, M. (eds.), *Quali garanzie*, Bari, De Donato, 1983, pp. 5-32; Andrés Ibáñez, P., "Introducción a *Magistratura Democratica*", en Andrés Ibáñez, P., (eds.) *Política y justicia en el estado capitalista*, Barcelona, Fontanella, 1978, pp. 7-25.

se llamó "alternativa",[80] pero que simplemente pretendía hacer valer la primacía de la Constitución demasiado tiempo olvidada sobre la legalidad viciada en la que se basaban las orientaciones jurisprudenciales dominantes en materia de derecho del trabajo, de delitos de opinión y sindicales, de libertad personal, de garantía de los intereses difusos, de tutela de la seguridad y de la salud en los lugares de trabajo, y de salvaguardia del entorno. En segundo lugar, el desarrollo, en toda la magistratura, de un hábito de independencia y de un sentido nuevo del papel del juez como garante de la legalidad contra los poderes fuertes, tanto públicos como privados, que manifestará su carga desestabilizadora en la crisis del sistema político al comienzo de los años noventa.[81]

[80] Las fórmulas "jurisprudencia alternativa" y "uso alternativo del derecho" —esta última surgida como título de un congreso de juristas de izquierda celebrado en Catania del 15 al 17 de mayo de 1972, y después reutilizada en el título de los dos volúmenes editados por Barcellona, P., *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1973, que recogían las actas— expresan, más que un verdadero movimiento, una actitud genérica de contestación frente a la cultura jurídica tradicional. En la utilización original de quienes las introdujeron, la primera de las dos fórmulas no quería decir más que jurisprudencia "alternativa" a las orientaciones jurisprudenciales dominantes, las que entonces ignoraban la Constitución y de las que se pretendía contestar su pretendido monopolio ideológico de la legitimidad jurídica vertiendo sobre ella la acusación de ilegitimidad. De hecho, más allá de la polémica, se trató de una jurisprudencia que hoy llamaríamos "garantista" y que se caracterizaba por la primacía otorgada a la Constitución en la interpretación y en la aplicación de la ley. En cuanto a la segunda fórmula, su éxito se debió sobre todo a las distorsiones en su significado, resultando difícil encontrar en los dos volúmenes ya citados, junto a numerosas proclamaciones ideológicas y a numerosas indicaciones sensatamente progresistas, bases para la acusación de "derecho libre" o, peor, de infidelidad al derecho, que inmediatamente se le asociaron y a las que permanece asociada. Sobre ambas fórmulas, *cfr.* Costa, P., *L'alternativa*, *cit.*, pp. 16-17 y 32 y ss.

[81] *Cfr.* Senese, S. "La magistratura italiana", *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale. (Cenni storici e problemi)*, Actas del Seminario celebrado en Pisa el 28 de abril de 1977, Milán, Giuffrè, 1978, pp. 1-87; Ferrajoli, V., "Per una storia di Magistratura Democratica", en Rossi, N. (ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progressita nel mutamento istituzionale*, Milán, Angeli, 1994, pp. 55-79; Bruti Liberati, E., "La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni novanta", *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III/2, Turín, Einaudi, 1997, pp. 140-237.

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

CAPÍTULO SEXTO

LA CRISIS POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL DE LOS AÑOS OCHENTA Y NOVENTA

La crisis del viejo paradigma liberal de la autonomía y de la apoliticidad del derecho y de la unidad y cientificidad de la doctrina jurídica no darán lugar, sin embargo, a una alternativa hegemónica en la cultura jurídica, ni tampoco en la política.

En los años ochenta comienza junto a un lento proceso de restauración social y cultural, una progresiva degeneración del sistema político. Esta degeneración aparece unida, de un lado, a la pérdida de proyectividad y representatividad de los partidos y de su creciente separación de la sociedad y, de otro, al desarrollo de una ilegalidad estructural, que se manifiesta en el crecimiento, tras la fachada legal de las instituciones representativas, de un infraestado clandestino, dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos y paralelos, dirigido a la apropiación privada de la cosa pública o, lo que es peor, coludido con poderes criminales y subversivos como la mafia, la camorra, las logias masónicas o los servicios secretos desviados.

A esta crisis de legitimación política y, al tiempo, de la legalidad ordinaria se suma, en esos mismos años, un proceso paralelo de debilitación de la legalidad constitucional. La Constitución, de la que la cultura jurídica progresista apenas acababa de denunciar su falta de actuación, es contemplada por el sistema político como un obstáculo al decisionismo gubernamental o, desde otro punto de vista, como un obstáculo a la alternativa de gobierno. En primer lugar, con las propuestas socialistas de "gran reforma" en sentido presidencial, después con el extenuante debate sobre las reformas institucionales que desembocó en la introducción del sistema electoral mayoritario y, finalmente, con la reyerta del

presidente de la República Cossiga con los otros poderes del Estado, la Constitución italiana se convierte en el principal blanco de un ataque generalizado, al que no se sustraen ni siquiera algunos juristas y en el que convergen las ilusiones de quien confía a la reforma constitucional el desbloqueo del sistema político, y la intolerancia a las reglas de cuantos no toleran no tanto la Constitución del 48, sino el constitucionalismo como sistema de límites y vínculos a los poderes públicos. Se produce, así, una descalificación de la Constitución, progresivamente identificada, por el sentido común, con el carné de identidad de la vieja "primera República".

La cultura jurídica progresista no consiguió poner freno a esta tendencia por muchas y diferentes razones. El paradigma constitucional y garantista que proponían habría exigido del sistema de partidos una elevada y proyectiva concepción de la política —como la que existió tan solo en los años de la Constituyente, cuando a la cita faltó la cultura jurídica— exactamente en las antípodas de la concepción voraz y mercantil por la que, finalmente, terminarían por ser destruido. Existe, además, una razón incluso más de fondo que hace irrepetible un papel político para la cultura jurídica parangonable al que desarrolló entre el final de siglo XIX y el comienzo del XX en la formación del sentido común del derecho y del Estado. Aquel papel estaba intrínsecamente ligado a la propia lógica del paradigma pandectístico, que postulaba justamente aquella autonomía del derecho y aquella imagen apolítica y unitaria del saber jurídico que la implantación de la Constitución y el giro cultural de los años sesenta habían trastornado definitivamente. Con aparente paradoja, la revelación de la dimensión política del derecho y de la ciencia jurídica priva al jurista de la antigua autoridad y credibilidad, neutralizando su papel político de constructor de imágenes "científicas", aunque, en realidad, ideológicas, sobre el derecho y las instituciones. Ciertamente, los juristas acrecentaron en los ochenta su espacio en la escena política. Pero este espacio es de tipo técnico, como consejeros del príncipe, o inmediatamente político, y anu-

la el viejo espacio supra-político que la ciencia jurídica liberal se había conquistado, como disciplina pedagógica y normativa frente a las clases dirigentes, las cuales, por otra parte, han ido perdiendo, también por esta razón, todo sentido del derecho y del Estado.

No debemos descuidar, por último, que la cultura constitucional y garantista siempre fue, incluso entre los juristas, una cultura de minorías y de oposición. Un efecto secundario de la crisis de los viejos paradigmas sin que los nuevos lograran sustituirlo fue, por tanto, una ruptura de aquella homogeneidad política y cultural de la comunidad de juristas que, durante un siglo, era el signo tangible de su neutralidad y credibilidad como depositaria de la ciencia y de la técnica institucional. Lo que afecta a las relaciones entre doctrina jurídica, legislación y jurisdicción. La primera ha perdido su función de guía en relación con la segunda, habiendo entrado en crisis, también por la ruina de los estudios universitarios, su prestigio científico y su capacidad para los planteamientos sistemáticos y para las soluciones técnicas a los problemas. La legislación abandonada a sí misma, ha perdido ulteriormente rigor técnico, racionalidad y coherencia, agravando con el caos normativo, la crisis del método sistemático. La jurisdicción, cuya relevancia política y cuyas funciones de defensa de la legalidad crecieron enormemente, ha redescubierto por último la vieja intolerancia a la crítica y, también a causa del estado de permanente emergencia en que debe actuar, su propia vocación —nunca extinguida— antigarantista y autoritaria.

En estas condiciones, la cultura garantista se ve constreñida a un papel defensivo y, en ocasiones, de mera testimonialidad. Ciertamente, no desaparece su capacidad proyectiva, sino que —si llega a desarrollase tras la fase de contestación— se manifiesta en la propuesta de un nuevo paradigma tanto del derecho como de la ciencia jurídica: el constitucionalismo que asume como connotación estructural de la democracia, la desviación entre el deber ser y el ser del derecho positivo, es decir entre sus modelos axiológicos y constitucionales y su práctica efectiva en

la legislación y en la jurisdicción, y confía a la ciencia jurídica una función crítica frente al derecho vigente inválido, y de proyección del derecho válido y de sus garantías. Pero, ciertamente, este paradigma no ha entrado en el sentido común en el que, en su lugar, se ha afirmado una idea de la democracia como omnipotencia de la mayoría y desregulación del mercado, diametralmente opuesta al sistema de límites y contrapesos diseñado por la Constitución. Cuenta, sin embargo, con una ventaja frente a los paradigmas estatalista del pasado. Garantismo y constitucionalismo no proponen simplemente imágenes del derecho y del Estado, sino también la imagen de la democracia —a la larga, mucho más fácil de compartir— normativamente impuesta por los principios constitucionales de libertad y justicia.

Ensayo sobre la cultura jurídica italiana del siglo XX, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 2 de julio de 2010 en Cromo Color S. A. de C. V., Miravalle 703, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03570 México, D. F. Se utilizó tipo Times New Roman en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se utilizó papel cultural de 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros, consta de 500 ejemplares (impresión offset).

La cultura jurídica italiana ha ejercido una gran influencia en el desarrollo del derecho mexicano. No hace falta remontarse al derecho romano para reconocer su importancia.

En el presente ensayo Luigi Ferrajoli, uno de los más importantes teóricos del derecho en el mundo, expone con singular maestría y con la precisión analítica que caracteriza sus trabajos, el desarrollo de la cultura jurídica italiana en el siglo XX. Se trata de una narración que muy bien podría aplicarse a México y a otros países de América Latina, en varias de sus etapas. Es por eso que podemos aprender mucho de este singular trabajo.

Como lo señala Miguel Carbonell en el prólogo: "El ensayo de Luigi Ferrajoli sobre la cultura jurídica italiana en el siglo XX merece ser estudiado y discutido: por la calidad de su autor y por la profundidad y rigor de sus planteamientos". El lector tiene entre las manos una obra de calidad insuperable.

www.juridicas.unam.mx